



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE
ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DE CANTABRIA)***

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO ACADÉMICO 2020-2021

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO Y LA PÉRDIDA DE
OPORTUNIDAD PROCESAL.**

LAWYER'S CIVIL LIABILITY & "LOSS OF OPPORTUNITY".

AUTORA: Elena Bolado Cruz

DIRECTOR: José Ignacio Solar Cayón.



ÍNDICE

I. RESUMEN	4
II. PRINCIPIOS GENERALES DE LA PROFESIÓN DEL ABOGADO: La independencia, la libertad, la dignidad, la integridad y el secreto profesional.....	6
1. EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA	6
A.- Independencia ante los Tribunales de Justicia	6
B.- La independencia frente al cliente y frente a sí mismo: conflictos de intereses.....	6
2. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD	8
3. EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD.....	9
4. LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA E INTEGRIDAD.....	10
5. LA CONFIDENCIALIDAD Y EL SECRETO PROFESIONAL	10
III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL: CONCEPTO, CLASES Y FUNCIONES	11
1. Concepto	11
2. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	15
A.- Función de resarcimiento.....	16
B.- Función de prevención o disuasoria	17
C.- Función sancionadora.....	17
3. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.....	18
A.- Responsabilidad civil contractual	18
B.- Responsabilidad civil extracontractual	19
IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION ABOGADO-CLIENTE.....	20
1. EL CONTRATO	20
2. CARÁCTER DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL.....	21
A.- Obligación de medios	21
B.- Obligación de resultados	22
3. RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD APLICABLE AL ABOGADO.....	23
4. RÉGIMEN APLICABLE AL ABOGADO ADSCRITO AL TURNO DE OFICIO	24
V. LA LEX ARTIS COMO PRIMER ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	25
1. LEX ARTIS EN RELACIÓN CON EL CONTRATO	26



A.- Deber de información y “consejo”	26
B.- Deber de conservar la documentación y devolverla al finalizar	28
C.- Deber accesorio de secreto profesional	28
D.- Aptitud profesional y el conocimiento (y cumplimiento) de las leyes	29
VI. EL DAÑO COMO SEGUNDO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:	
CONCEPTO, REQUISITOS Y TIPOS	29
1. CONCEPTO	30
2. REQUISITOS	31
3. TIPOS DE DAÑO	32
A.- Daño patrimonial o material	32
B.- Daño moral	33
VII. EL NEXO CAUSAL Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO EL TERCER ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	35
VIII. CARGA DE LA PRUEBA	38
IX. LA TEORIA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.....	40
1. ORIGEN	41
2. TESIS SOBRE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD	42
A.- Teoría del todo o nada	43
B.- Teoría autonomista	43
C.- Teoría probabilística	44
3. PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN.....	45
A.- Acción u omisión negligente del abogado.....	45
B.- Incertidumbre causal	45
4. NEGLIGENCIAS MÁS HABITUALES	46
5. VALORACIÓN DEL DAÑO Y SU CUANTIFICACIÓN	46
A.- Criterio valorativo del daño moral	47
A. - Criterio del valor de la acción frustrada	48
X. POSIBLE CONFUSIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD CON EL LUCRO CESANTE	51
XI. MENCIÓN A UN CASO REAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO	52
XII. CONCLUSIONES	56
XIII. BIBLIOGRAFÍA.....	60



I. RESUMEN

En el presente trabajo se va a tratar de abordar la institución de la responsabilidad civil en su conexión con el ejercicio profesional de la abogacía. Si bien el concepto de responsabilidad civil ha estado presente en nuestro ordenamiento desde la configuración misma del Código Civil, con el tiempo, los planteamientos doctrinales y la actividad jurisprudencial, ha ido desplegando sus efectos sobre más escenarios.

En concreto, si nos centramos en la responsabilidad civil profesional de los operadores jurídicos, particularmente la de los abogados, apreciamos como en los últimos años han aumentado de forma considerable las reclamaciones de clientes por supuesta mala praxis del letrado. A mayores, se refleja la tendencia clara de la jurisprudencia a ir estimando cada vez más situaciones de hecho generadoras de responsabilidad.

Si en los inicios de este tratamiento jurisprudencial se reconocían indemnizaciones por mala praxis con relación al transcurso de plazos procesales y sustantivos, ahora nos encontramos con sentencias que se pronuncian prácticamente sobre todos los deberes que la *lex artis* le impone al abogado.

Por ello, a lo largo de estas páginas trataré de hacer un análisis que permita comprender este fenómeno. La idea es partir del planteamiento general de la responsabilidad civil para llegar a la responsabilidad civil exigible al abogado en particular y cómo se articula esta con la teoría de la pérdida de oportunidad procesal, que es una construcción dogmática empleada frecuentemente para resolver aquellos casos inciertos.



ABSTRACT

In this project we will try to address the civil liability in connection with the practice of law. While the civil liability has been present in our order since the configuration of the Civil Code, over time, the doctrinal approach and the jurisprudential activity have been deploying their effects in different scenarios.

In particular, if we focus in the professional civil liability of the legal practitioners, especially the lawyers, we perceive how the last years the complaining due to malpractice has considerably increased. Additionally, it's easily verifiable the jurisprudential inclination to admit more situations that involves liability.

If in the beginnings of this jurisprudential treatment compensations were awarded for malpractice in connection with procedural and substantive terms, now we can find sentences that rule about the duties that the lex artis impose to lawyers.

Therefore, throughout these pages I'll try to analyze what originates this phenomenon. The main idea is to start from the general approach of the civil liability and reach the civil liability that could be claimed to a particularly lawyer and how this theory articulates with the procedural lost opportunity, which is a dogmatic construction frequently used to solve those cases that involve causal uncertainty.



II. PRINCIPIOS GENERALES DE LA PROFESIÓN DEL ABOGADO: La independencia, la libertad, la dignidad, la integridad y el secreto profesional.

1. EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

El Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante EGAE), en su artículo 1.1, y el Código Deontológico de la Abogacía Española (en adelante CDAE), en su artículo 2.1.1 y 2.1.2, establecen la independencia y la libertad como principios elementales de la Abogacía. El propio ejercicio de la profesión, el Estado de derecho y el efectivo derecho de defensa exigen el respeto a dichos principios, convirtiéndose así simultáneamente en un derecho y una obligación.

Este principio se cristaliza en dos perspectivas:

- ✚ Los derechos que amparan al abogado (por ejemplo, con relación al secreto profesional, pudiendo elegir la defensa adecuada)
- ✚ La obligación que le impone en la deontología profesional a ejercer con libertad, sin injerencias y según su *lex artis*.

Debiendo entenderse frente a todos: Estado, jueces y tribunales, sus clientes...etc.

A.- Independencia ante los Tribunales de Justicia

El abogado es independiente respecto de injerencias externas, pero a la vez parcial, pues debe defender el interés de su cliente. De ahí deviene la importancia de actuar con plena libertad frente al Tribunal.

Dicha independencia se ve protegida mediante el amparo colegial, recogido en el artículo. 41 del EGAE y el artículo 11.f del CDAE. En el mismo sentido se menciona y protege en el CDAE en su artículo 4.3.

B.- La independencia frente al cliente y frente a sí mismo: conflictos de intereses



La relación existente entre un abogado y su cliente constituye un arrendamiento de servicios definido en el artículo 1.544 del Código Civil. La obligación que resulta de dicho arrendamiento de servicios es una obligación de medios y deviene íntimamente enlazada con varios deberes más, como por ejemplo el obrar con el mayor “celo y diligencia”, guardar secreto y poner atención a las exigencias técnicas, deontológicas y morales que sean óptimas para la defensa del asunto¹.

En relación a las situaciones de conflicto en las que puede incurrir el abogado, cabe señalar las siguientes²:

✚ *Choque entre las obligaciones para con el cliente, sus deberes deontológicos y el deber de actuar en servicio de la Justicia.*

Este conflicto se refiere al deber del abogado para con las normas deontológicas y la prohibición de servirse de recursos o pruebas de carácter ilícito o infundado (presentar hechos o pruebas falsas, etc.) para la defensa.

✚ *Choque entre las obligaciones para con el cliente y sus circunstancias personales*

Cuando el abogado pueda verse comprometido personalmente, ya sea por situaciones pasadas o presentes, deberá hacer un estudio del asunto y renunciar a la defensa del mismo si fuese necesario para preservar su independencia.

✚ *Choque entre los intereses de varios clientes*

En caso de conflicto o contraposición entre los intereses de varios clientes de ese abogado, *este no podrá aceptar la defensa, salvo que medie una autorización expresa de ambos facultando al letrado para encargarse de la defensa de uno de ellos. Tampoco podrá asumir encargos cuando la defensa pueda perjudicar a un*

¹ SSTs de 4 de febrero de 1992 –RJ 1992\819-; 16 de diciembre de 1996 –RJ 1996\8971-; y 28 de enero de 1998 –RJ 1998\357

² Cfr. NIELSON SÁNCHEZ S., *Economist & Jurist*, vol 16, n.º 116, 2008, pág. 18



*cliente anterior*³. Este extremo es sumamente importante, pues artículo 467.1 del Código Penal establece pena de multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de 1 a 4 años, a quien quebrantase dicho aspecto.

En este sentido se contemplan varias normas que hacen una relación de incompatibilidades o prohibiciones para el abogado y cuyo objeto es el de evitar este tipo de conflictos. Por ejemplo, los artículos 21 y siguientes del EGAE, que prohíben el ejercicio de la profesión de forma simultánea a cualquier otra que pueda poner en tela de juicio la libertad, independencia o dignidad propias del oficio (ya sea por la naturaleza del propio cargo, parentesco, etc.).

Asimismo, no será compatible el ejercicio de la Abogacía con la Procura o la Auditoría de Cuentas⁴.

2. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD

El ejercicio de la libertad de defensa por parte del Abogado, consagrada especialmente en el artículo 542.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), se manifiesta principalmente en la libertad que tiene el abogado de elegir aquella estrategia que, a su juicio, sea más adecuada junto con los medios pertinentes para defenderla, siempre con respeto a la legislación vigente y los códigos éticos y profesionales (artículo 33.2 del EGAE).

El cliente goza del derecho de establecer claramente cuáles son sus pretensiones y sugerir en base a esos intereses. No obstante, en ningún caso podrá servir para comprometer las actuaciones del letrado. Lo que esto trae para el abogado es que no podrá ampararse en las directrices recibidas para eludir posibles responsabilidades. Como esta libertad en la llevanza de la defensa encuentra sus fronteras en la diligencia debida, la buena fe y la *lex artis*, si el abogado no considera tener la pericia suficiente para abordar el asunto, deberá rechazarlo (artículo 13.8 del CDAE).

³ Así reza el artículo 13.4 CDAE

⁴ Artículo 23.3 de la LEC y artículo 8 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas).



En cualquier caso, esta manifestación del derecho a la libre expresión no podrá servir de escudo para injuriar, calumniar o difamar⁵.

Por último, este principio se materializa también en aspectos como: a) la posibilidad de elegir abogado y cliente; b) la posibilidad que tiene el letrado de elegir el lugar donde quiere prestar sus servicios (artículo 31 del EGAE), y c) la libertad de especialización, pudiendo elegir cualquiera de las ramas del Derecho que se contemplan.

3. EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD

El artículo 542.2 de la LOPJ dispone que los abogados *gozarán de los derechos inherentes a la dignidad* de su profesión. Esta dignidad impone el deber de obrar honesta y diligentemente, respetando a la parte contraria y al cliente, a quien debe ser leal y ofrecerle información veraz e informada⁶.

La dignidad se extiende también a la publicidad que el abogado haga de sus servicios, debiendo ser *digna, leal y veraz* (artículo 7 del CDAE) y a las incompatibilidades que se referían en los ordinales anteriores (artículo 22.1 del EGAE). Tan importante resulta este principio que, en su virtud, se impone el deber a los abogados de informar a su respectivo Colegio si conocen de algún hecho que pueda atentar contra él (art. 34 del EGAE). En este sentido, el régimen disciplinario tipifica como infracción muy grave los actos y omisiones que constituyan ofensa grave a la dignidad de la profesión, a las reglas éticas que la gobiernan y a los deberes establecidos en el Estatuto General (apartado C del art. 84 del EGAE).

⁵ SSTC 6/1981, de 16 de marzo; 114/1986, de 29 de noviembre; 121/1989, de 3 de julio; 155/2006, de 22 de mayo.

⁶ “La dignidad del abogado”, *Juspedia*, (<https://juspedia.es/deontologia-profesional/principios-inspiradores-de-la-deontologia-del-abogado/la-dignidad-del-abogado>)



4. LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA E INTEGRIDAD

Los principios de confianza e integridad vienen recogidos en el artículo 4 del CDAE. La confianza es la base sobre la que se cimenta la relación contractual con el cliente, de modo que su pérdida o menoscabo permite a aquel resolver el contrato, siempre con previa remuneración de los servicios prestados por el profesional. Por lo que respecta a la integridad, funciona, precisamente, como medio para salvaguardar esa confianza, al exigir al abogado que lleve a cabo todas sus actuaciones respetando los intereses del mandante, evitando conflictos y preservando el secreto.

5. LA CONFIDENCIALIDAD Y EL SECRETO PROFESIONAL

Por último, encontramos el principio de confidencialidad, que está íntimamente ligado con el deber de guardar secreto en cuanto a las informaciones, noticias, comunicaciones y demás datos relevantes para el asunto y sus intervinientes, o para la esfera personal del propio cliente, que hayan conocido por el ejercicio de su actividad. Tales informaciones no podrán ser aportadas en el proceso sin el debido consentimiento de la persona a quien repercutan, resultando irrelevante si son o no de dominio público cuando las conoce el abogado.

El secreto profesional no es sino una consecuencia directa del reconocimiento constitucional de dos derechos fundamentales que amparan a cualquier persona: el derecho a no declarar en su contra y el derecho a la intimidad (artículos 24 y 18 CE).

Por último, la norma deontológica precisa que este deber no agota su virtualidad con el fin de la relación contractual, siendo exigible también a cualquier compañero del despacho en el que el abogado cuestión preste sus servicios con independencia de la relación laboral que les vincule⁷.

Algunas excepciones a la obligación de guardar el secreto profesional:

⁷ Cfr. VILA RAMOS, B. (Coord.), *Deontología profesional*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 2 y ss; *Código Deontológico de la Abogacía española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 14 y ss; *Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española* (BOE» núm. 164, de 10/07/2001)



- ✚ La primera la impone *la Ley General Tributaria*, que en su artículo 93 establece la obligación de colaborar con la administración tributaria y comunicarle la información que precise siempre y cuando tenga trascendencia tributaria, no estando obligados a comunicar ninguna otra información que no contenga datos de carácter patrimonial

- ✚ La segunda viene impuesta por la obligación de colaborar con el *SEPBLAC* (Servicio Ejecutivo Prevención Blanqueo de Capitales), por ser sujetos obligados en la *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo*. De forma que se obliga a comunicar a dicho servicio ejecutivo cualquier hecho u operación cuando se tenga certeza, o indicio, de que se está cometiendo blanqueo de capitales, y ello sin revelárselo al cliente

El incumplimiento del secreto profesional podría traer consigo la aplicación del régimen sancionador previsto en el EGAE, pudiendo dar lugar a sanciones muy graves (art. 84.C), graves (art. 85.G), o leves (art. 86.D). Estas van desde el mero apercibimiento a la expulsión del Colegio de Abogados, pasando por la suspensión temporal del ejercicio.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL: CONCEPTO, CLASES Y FUNCIONES

1. CONCEPTO

A la hora de determinar la responsabilidad que le es exigible al abogado dentro de su actividad, resulta indispensable valorar, primero, la naturaleza de la relación que éste desarrolla con sus clientes.

Resulta evidente que para la convivencia en sociedad entre seres humanos es imprescindible la armonización de las conductas tendentes a



satisfacer los intereses personales de unos y otros. En este escenario es inevitable que se generen conflictos, comportamientos que incidan en la esfera individual de los otros y que, en ocasiones, provoquen daños. En definitiva, responde a la naturaleza del hombre el actuar por venganza para cobrarse un perjuicio y, por eso, se trata de una emoción que va de la mano con el origen mismo del Derecho. A pesar de que en Roma la responsabilidad civil no existía como institución en sí misma, sí se reconocía el deber de “responder” (*spondere*) para aquel que se había comprometido como deudor y no cumplía con esa obligación⁸.

Ese deber de responder, enlaza con otro de los elementos propios de la esencia del ser humano, como es la libertad. La falta de libertad sobre los actos que una persona realiza comporta la imposibilidad de exigir la subsanación de los perjuicios causados en tanto que no se ha podido obrar de otro modo y evitarlos. Esta expresión de la voluntad se podrá dar por medio de dos manifestaciones:

- ✚ Los *actos*, entendidos como comportamientos expresos y voluntarios cuyo objetivo es transformar el curso normal de los acontecimientos o el estado de las cosas.
- ✚ Las *omisiones*, consistentes en un “no hacer” consciente, aun a sabiendas de que existe un imperativo de obrar de determinada forma, aceptando con ello un riesgo de provocar un resultado perjudicial⁹.

Sea cual fuere el elemento generador, la responsabilidad civil comprende un sistema de resarcimiento del daño y, como suele ocurrir habitualmente en Derecho, a lo largo de los años se ha ido produciendo un desarrollo de este

⁸ Cfr. VIDAL RAMIREZ, F., “La responsabilidad civil”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, nº 4, 2001, pág. 390.

⁹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 131 y ss.



concepto legal de modo que su definición, aplicación y funciones se han ampliado para hacer frente a las necesidades propias de una sociedad en constante desarrollo. Centrándonos en la definición, es preciso referir que existen diversas teorías doctrinales atendiendo a lo que cada autor entiende como elemento esencial de la figura, esto es, la imputación, el daño o el nexo causal.

✚ Así, una primera tesis, sostenida por algunos autores como REGLERO CAMPOS, defiende que lo primordial a la hora de definir la responsabilidad civil es el elemento de *la imputación*, es decir, que *“será responsable aquel agente que, por incumplimiento de un deber, genere un resultado dañoso siempre que tal incumplimiento pueda serle imputable”*¹⁰. En esta tesis que se genera en torno al concepto de imputación ha ganado relevancia el elemento subjetivo, desde el punto de vista de que, sobre todo a la luz de la jurisprudencia, se ha venido intentando una mayor profesionalización del oficio de la abogacía. Cada vez son más numerosos los casos en los que nuestros jueces y tribunales reconocen a los clientes el derecho a recibir una compensación por el obrar negligente del profesional.

Sin embargo, si siguiéramos esta línea, supeditando únicamente este resarcimiento a la mera imputación objetiva, sería bastante fácil exacerbar la obligación indemnizatoria en un ámbito profesional en el que, *per se*, se juega bajo las reglas de un tercero imparcial que puede no estimar la pretensión del cliente, provocando un daño a sus intereses. Por lo tanto, podría llegarse al absurdo de terminar exigiendo al profesional la garantía de que se va a lograr el resultado pretendido y que terminase indemnizando toda situación que se aparte de este camino.

¹⁰ REGLERO CAMPOS, L. F., “Conceptos generales y elementos de delimitación” en REGLERO CAMPOS, L. F (Coord.), *Tratado de responsabilidad Civil*, T. I., Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 52; VÉLEZ POSADA, P., *La responsabilidad civil contractual y extracontractual: el seguro como criterio de imputación*, (Master), Universidad Complutense de Madrid, 2012, pág. 11.



- ✚ Encontramos también a quienes defienden que lo relevante de la cuestión es *el daño* producido con culpa o negligencia, pues de no darse ninguna de estas dos circunstancias resultaría injusto exigir responsabilidades.

La idea para aquellos que se posicionan en esta línea doctrinal, enmarcada dentro de lo que se ha conocido como “Derecho de daños”, es que el daño es el epicentro de la responsabilidad al estar el resarcimiento enfocado a revertirlo. Es innegable que si no existe un daño efectivo tampoco puede existir responsabilidad, en tanto que esta nace con objeto de resarcirlo.

Sin embargo, siguiendo la misma línea de opinión de MARTIN CASALS, considero que esta corriente en gran medida vacía de contenido esta institución al enfocarse exclusivamente en uno de sus elementos integradores de la responsabilidad civil, como es el daño. A pesar de que este deba ser resarcido en cualquier caso, puede tener su origen en razones muy diversas, siendo necesario adaptar la responsabilidad exigible por razones de equidad¹¹.

Sin embargo, si lo entendemos como el elemento único y unitario, esto resultaría del todo imposible. A mayores, constatada la existencia de daño y la causa que lo ha provocado, ¿de qué me sirve si no puedo imputárselo a la conducta del agente?, ¿quién respondería entonces?

- ✚ Por último, encontramos la que, a mi juicio, es la más acertada, y que incluye, además de los factores anteriormente descritos, el elemento del *nexo causal* dentro de la definición. Así, la responsabilidad civil habría de entenderse como una exigencia

¹¹ MARTIN-CASALS, M., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil: La ‘modernización’ del Derecho de la responsabilidad extracontractual*, Universidad de Murcia, 2011, pág. 11 y ss.



nacida para el agente cuando existe una relación causal entre su actividad y el daño provocado¹².

La jurisprudencia considera que para proceder a su valoración se exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso, lo que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, haciendo imposible la prueba de la exclusividad de la culpa de la víctima¹³.

En definitiva, si hubiera que hacer una definición de lo que es responsabilidad civil en relación a todas las tesis mantenidas por la doctrina, podría entenderse como aquella figura destinada al resarcimiento de un hecho dañoso, para restablecer el equilibrio económico de quien ha soportado ese daño sin tener la obligación jurídica de hacerlo, y que se ha producido como consecuencia de una acción u omisión negligente del sujeto causante y, por ende, es imputable al mismo.

2. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Una vez que ha quedado enmarcada una definición general, es preceptivo abordar cuáles son las funciones que se le atribuyen. Siguiendo con la visión histórica que se exponía en el apartado anterior, resulta interesante hacer mención en este punto a una de las primeras definiciones de justicia que aportó el Derecho Romano. Fue el jurista Ulpiano quien, en el siglo III d.C., dispuso que el Derecho se inspiraba en tres principios esenciales: “*vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo y no dañar a los demás*”¹⁴.

¹² YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 109.

¹³ STS n.º 83/2010, de 22 de febrero de 2010, Rec. 356/2007

¹⁴ RODRÍGUEZ, Y. y BERBELL, C., *Ulpiano, el de dar a cada uno lo suyo*, Confitegal, (<https://confitegal.com/20180812-ulpiano-dar-uno-lo-le-corresponde/#:~:text=Para%20Ulpiano%2C%20el%20derecho%20consist%C3%ADa,a%20cada%20uno>)



Por tanto, es evidente que aquella parte del derecho que busca asegurar el resarcimiento de los daños tiene su origen en la propia concepción de la justicia. Así, dentro de la responsabilidad civil podría crearse una triple vertiente funcional: de resarcimiento, de prevención y sancionadora.

A.- Función de resarcimiento

Tal y como se mencionó anteriormente, pertenece al instinto natural del ser humano la idea de recuperar un equilibrio que ha sido interrumpido por la causación de un daño. Por esta razón, y a fin de evitar que se “saldasen cuentas” entre perjudicados, el Derecho se ha venido encargando de ordenar la convivencia y establecer los límites y consecuencias derivadas de su incumplimiento. Tanto es así, que ya en la antigüedad (en el Código de Hammurabi o las leyes de las XII Tablas en Roma, por ejemplo), se aprecia cómo es aplicada la justicia retributiva (Ley de Talión). El principio básico era el de “identidad”: aquel que provocaba un daño a otro debía soportar un castigo o pena idéntica al mismo. Desde este tipo de justicia retributiva, que finalmente fue sustituida por otras figuras por el Derecho Romano, se llega a la Responsabilidad Civil que hoy conocemos en su vertiente reparadora o indemnizatoria¹⁵.

El ideal que se persigue sería el de la “*restitutio in integrum*”, que supone devolver las cosas al estado en el que se encontraban antes de sufrir el daño. Sin embargo, en la mayoría de los casos, esto es manifiestamente imposible y, por eso, la solución más factible era convertir ese daño en valores cuantificables para poder darle un “precio”; es decir, se establece un sistema de compensación del daño a través de cantidades pecuniarias. No se trata de que se produzca el enriquecimiento del damnificado, sino de repararle ese sufrimiento injusto en la medida de lo posible.¹⁶

[%20lo%20suyo.&text=Ulpiano%2C%20al%20igual%20que%20otros,asesor%20del%20emperador%20Alejandro%20Severo\)](#)

¹⁵ Cfr. HERNÁNDEZ GALINDO, J. G., “La ley del Talión”, *La voz del Derecho*, 2014, (<https://www.lavozdelderecho.com/index.php/docu/item/318-ley-del-talion>)

¹⁶ Cfr. ACOB ALDI, A., Notas actuales sobre derecho de daños, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Costa Rica, nº 101, 2003, pág. 97 y ss



B.- Función de prevención o disuasoria

Esta función encuentra su razón de ser en la vertiente económica del Derecho. Esto es así porque la previsibilidad de tener que hacer frente a un desembolso de carácter monetario actúa como una medida preventiva o disuasoria de conductas susceptibles de provocar daños en los otros¹⁷.

En palabras de MARTIN CASALS nos encontramos que *“las regulaciones de Derecho privado no son ajenas a criterios de política jurídica con los que el legislador quiere incentivar determinadas conductas y desincentivar otras. Es bien sabido que, p. ej. en materia contractual, cualquier regulación que se haga deberá procurar incentivar el cumplimiento, desincentivar el incumplimiento y velar por la autonomía de la voluntad de las partes y por la conservación del contrato. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual cualquier regulación debe procurar no sólo que la víctima obtenga una indemnización íntegra del daño sufrido, sino también que el otorgamiento de acciones indemnizatorias no coarte innecesariamente la libertad de acción de los potenciales causantes de daños ni sea contraria al interés público”*¹⁸.

C.- Función sancionadora

A pesar de existir en ciertos sistemas extranjeros, no se encuentra reconocida como tal en nuestro ordenamiento.

No obstante, sí que se acepta una función afín a ésta en el ámbito de la jurisdicción social en casos en los que, por un obrar negligente del empleador, se le incorpora un sobreprecio a la prestación debida por aquel. Se trata de una figura afín por el hecho de que, al no estar reconocida esta función como propia de la responsabilidad civil que está concebida en nuestro sistema legal, resulta evidente que, por más que opere como una especie de “castigo ejemplarizante” por haberse provocado un daño en el empleado, la cantidad recibida no puede

¹⁷ Cfr. VÉLEZ POSADA, P., *La responsabilidad civil contractual y extracontractual: el seguro como criterio de imputación*, (Master), Universidad Complutense de Madrid, 2012, pág. 6 y ss.

¹⁸ pág. 19



destinarse al patrimonio del trabajador (como así ocurre en cualquier otro caso de responsabilidad civil), motivo por el cual quien la recibe es la Seguridad Social¹⁹.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

También es importante hacer mención a las dos categorías en las que se subdivide la responsabilidad civil (contractual y extracontractual) para determinar el alcance, los efectos y los requisitos para que pueda ser apreciada.

A.- Responsabilidad civil contractual

Este tipo de responsabilidad nace con objeto de que sean resarcidos los daños derivados del incumplimiento, ya sea este total, parcial o extemporáneo (mora del deudor), de una obligación surgida de un contrato suscrito entre las partes. Viene reconocida en el artículo 1.901 de nuestro Código Civil, que establece el principio de que las obligaciones nacidas de los contratos tienen fuerza de ley para las partes²⁰.

Este precepto, analizado en conjunción con las Sentencias del Tribunal Supremo como la de 10 de mayo 1984 (RJ 1167/1984) que expone: *“no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial”*, quiere decir que el simple incumplimiento del contrato no desemboca necesariamente en responsabilidad civil para la parte, sino que será necesario, además, poder imputar ese incumplimiento al agente.

¹⁹ VÉLEZ POSADA, P., *La responsabilidad civil contractual y extracontractual...*, cit., pág. 7 y ss.

²⁰ “Modalidades de la responsabilidad civil: contractual y extracontractual”, Iberley, 2016, (<https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-contractual-extracontractual-60139#:~:text=Si%20la%20responsabilidad%20contractual%20viene,jur%C3%ADdica%20preexistente%20entre%20las%20partes.>)



Por lo que respecta al plazo de prescripción de la acción, cabe diferenciar dos plazos. Tradicionalmente, el Código Civil había reconocido, en su artículo 1964, un plazo de prescripción genérico para aquellas acciones personales que no disponían de plazo específico, entre las que se encontraban las que surgían por la celebración de los contratos y, dicho plazo era de 15 años. Sin embargo, con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de octubre de 2015 el holgado plazo de los 15 años se modifica y reduce a 5, que comenzarán a contar desde el momento en el que la obligación deviene exigible.

B.- Responsabilidad civil extracontractual

Este segundo subtipo es también conocido como “responsabilidad aquiliana” debido al origen de la misma. En torno al S. III a.C, en Roma existía un enorme vacío legal en lo que respecta a la responsabilidad exigible por daños. Si bien es cierto que la ley la contemplaba para determinados supuestos concretos en los que se provoca un daño (por ejemplo, cuando se introducían reses en un fundo ajeno), no podía hablarse de una “teoría general” de responsabilidad civil aplicable para resarcir el daño que ha sido soportado injustamente. Por eso, a propuesta de Aquilio, se presentó la *Lex Aquilia*, que venía a conmutar las penas previstas para ese tipo de hechos por la obligación de resarcir el daño causado²¹.

Actualmente, aparece contemplada en el artículo 1902 del Código Civil, de modo tal que “*el que por acción u omisión causa daño a otro, está obligado a reparar el daño causado*”. En su virtud, sin necesidad de que medie relación contractual entre las partes, si se produce un daño por acción u omisión que contraviene el deber general de no dañar a terceros, e interviniendo culpa o negligencia, el causante estará obligado a resarcir a quien sea el perjudicado. En este caso, el plazo de prescripción se reduce a un año²².

²¹ HILDA, “*Lex Aquilia*. La guía de Derecho”, 2009 (<https://derecho.laguia2000.com/derecho-romano/lex-aquiliana>)

²² “Modalidades de la responsabilidad civil: contractual y extracontractual”, cit., (<https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-contractual-extracontractual-60139#:~:text=Si%20la%20responsabilidad%20contractual%20viene,jur%C3%ADdica%20preexistente%20entre%20las%20partes.>)



IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION ABOGADO-CLIENTE

En función de cómo configuremos la naturaleza jurídica del vínculo entre el abogado y el cliente se determinará cuál de los anteriores regímenes de responsabilidad civil les resulta aplicable.

4. EL CONTRATO

De forma genérica, y a la luz de la mayor parte de la jurisprudencia, podemos decir que la relación que se establece entre el Abogado y su cliente ha de examinarse dentro de los límites de la *locatio operarum* o arrendamiento de servicios, que viene definido en el artículo 1.544 del Código Civil como negocio en el que “*una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto*”, recayendo la figura del arrendador sobre el profesional y la del arrendatario en el cliente, que se obliga a pagar el precio²³. Este arrendamiento de servicios resulta de aplicación evidente para aquellos momentos en los que la tarea específica es la de encargarse de la dirección técnica del proceso en sede judicial o se realizan actuaciones de carácter procesal.

Sin embargo, no puede descartarse la apreciación de otras figuras contractuales en los casos en los que la encomienda difiere de la actividad en sede judicial. Por ejemplo, la del mandato (p.ej.: para administrar una finca) como ya se contempla en la doctrina del Tribunal Supremo a través de Sentencias como la de 15 de febrero de 2008 RES:88/2008, REC:5015/2000, ROJ: 2190/2008, que reza lo siguiente²⁴:

“La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del

²³ Cfr. MONTERROSO CASADO, E., “Saberes”, *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, v. 3, 2005, pág. 4

²⁴ CRESPO MORA, M. C., *La responsabilidad civil del abogado en el derecho español: perspectiva jurisprudencial*, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, nº 24, Barranquilla, 2006, Pág. 263 y ss



arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS de 28 de enero de 1998, 23 de mayo de 2006 y 27 de junio de 2006, entre otras muchas). El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual”²⁵.

Lo evidente es que, en cualquier caso, la relación siempre comienza con la formalización de un contrato, ya sea ésta de manera expresa o presunta, por lo que el régimen aplicable será el que disponen los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, como así ha venido entendiendo la jurisprudencia²⁶.

Por ello, quedaría concretar si, iniciada la relación contractual con el cliente, surge para el profesional una obligación únicamente de medios o si, por el contrario, se trata de una obligación de resultado. La dicotomía surgida a la hora de delimitar estos conceptos desembocó en una amplísima discusión doctrinal en la década de los noventa. No obstante, en la actualidad tan sólo cobra importancia cuando tratamos de alumbrar este debate sobre la responsabilidad civil que es exigible dentro de las profesiones liberales. Lo que resulta claro es que la diferencia entre ambas nace de la propia naturaleza de la relación contractual²⁷.

5. CARÁCTER DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

A.- Obligación de medios

Cuando nos referimos a la obligación de medios o de mera actividad, lo hacemos para hablar de una relación en la que el deudor ha asumido el compromiso de obrar de una determinada manera que se entiende beneficiosa

²⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ A., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADC, tomo LXVI, 2013, pág. 496 y ss.

²⁶ SSTS 4.2.1992 (RJ 1992, 819), 17.11.1995 (RJ 1995, 8735), 12.5.1997 (RJ 1997, 3838), 28.1.1998 (RJ 1998, 357)

²⁷ Cfr. CRESPO MORA, M. C., “*Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR*”, *InDret*, Barcelona, 2013, pág. 8



o adecuada para lograr el resultado que el acreedor espera²⁸. Lo primordial en este tipo de relación, por tanto, es esa forma de actuar conforme a los principios de la buena fe y la diligencia debida, y no tanto que finalmente se consiga satisfacer, con el resultado, el interés pretendido por el cliente. Más aún, teniendo en cuenta que, en la gran mayoría de ocasiones, conseguir el resultado que el cliente estima adecuado a sus intereses implica la actuación de un tercero imparcial (juez) que puede no estimarlos justos o acordes a derecho²⁹. En este sentido, cabe mencionar la STS de 3 de octubre de 1998 (Rj 8587), la cual reza que *“el abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que haya formulado en defensa de los intereses encomendados”*.

B.- Obligación de resultados

Por su parte, en la obligación de resultados la única razón de ser de la relación es conseguir el resultado pretendido por el acreedor. Por este motivo, resulta irrelevante que el deudor haya obrado de forma diligente y haya puesto todos los medios que tenía a su disposición si finalmente no ha alcanzado la pretensión que dio luz al contrato. Si no se consigue el resultado, se produce un incumplimiento.

A pesar de que no puede determinarse de forma categórica que la actividad de la abogacía pertenezca a una sola de estas figuras, puesto que en función de la actuación que deba desarrollar podrá encuadrarse dentro de una u otra, si se habla de la misma en términos globales habrá que concluir que existe una obligación de medios, y no de resultado.

Esta distinción, además, tiene una virtualidad especial dentro de la esfera de la carga de la prueba de modo tal que, al analizar la obligación de medios, se puede concluir que la carga probatoria será la establecida por los principios generales. Es decir, es el cliente que denuncia la infracción quien debe probar el incumplimiento de la *lex artis*, además de que existe un nexo causal

²⁸ Cfr. CRESPO MORA, M. C., “Las obligaciones de medios...”, cit., pág. 8

²⁹ Cfr. MOREO ARIZA, J., “La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado”, *InDret*, Barcelona, 2007, pág. 8 y ss.



entre este y el daño, con la dificultad añadida de que el letrado cuenta con la presunción de que actúa con la debida diligencia en sus actuaciones.

6. RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD APLICABLE AL ABOGADO

A la luz de todo lo expuesto, la responsabilidad a la que se enfrenta el abogado, en términos generales, es una responsabilidad profesional de tipo contractual³⁰. El cumplimiento de dicho contrato no será otro que el llevar a cabo todas las actuaciones que le sean exigibles con la suficiente pericia, usando todos los medios de los que dispone y de acuerdo a los principios de buena fe, diligencia debida y cualesquiera otros que le imponen las normas de la profesión y la *lex artis*³¹. Solo podrá apreciarse responsabilidad extracontractual cuando la actuación negligente o culposa que ha dado lugar al hecho dañoso quede fuera de la órbita del contrato suscrito con el litigante.³² Esto es, cuando lo que se lesionen sean intereses legítimos de personas ajenas a la relación contractual. Por ejemplo, si el Abogado utilizase términos que, por injuriosos, menoscabasen el honor del compañero que lleva la dirección técnica de la contraparte³³.

En este sentido cabría citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 05/10/2017 RES:658/2017 REC:670/2016, en la que se menciona que *“del mismo modo la responsabilidad del abogado no queda anulada ni*

³⁰ “La responsabilidad profesional es aquella que le es exigible a quienes, en el ejercicio de su profesión, provocan un daño a terceros a través de una conducta ilícita o negligente”. Así lo recoge MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *La responsabilidad civil profesional*, Colex, Madrid, 1996, pág. 17.

³¹ A la hora de analizar la responsabilidad exigible por falta de diligencia profesional hay que hacerlo a la luz de los artículos 442.1 LOPJ y 78 del EGAE (establecen los tipos de responsabilidad a la que quedan sujetos los abogados: civil, penal, disciplinaria)

³² Esto ocurre en términos generales. No obstante, pueden encontrarse algunas sentencias en las que, a pesar de producirse un incumplimiento por omisión de deberes relacionados con la prestación del servicio (no se informa de la posibilidad de acudir a la vía civil al terminar el proceso penal), se aplican los preceptos relativos a la extracontractual: STS 14 de mayo de 1999 (RJ 3106/1999): *“en la observancia de los deberes y obligaciones profesionales que incumbían al Letrado [...] ello representó una conducta negligente por omisión y como tal, comprendida [...], especialmente, en el artículo 1.902 de dicho Texto Legal, [...] y susceptible de indemnización en cuanto que originó un daño de índole moral”*. Esto ocurre porque el juzgador entiende que no se han incumplido los deberes que se encontraban dentro de lo expresamente pactado.

³³ Cfr. SERRA RODRIGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, el incumplimiento, la configuración del daño y su cuantificación en el Derecho español*, *Revista Justicia & Derecho*, Santiago, V. 2, Nº 2, 2019, pág. 85



debilitada por el hecho de que se pudiera actuar por amistad y sin cobrar honorarios (STS de 16 de diciembre de 1996). Alguna suerte de responsabilidad extracontractual puede darse en este tipo de relaciones enmarcadas en la responsabilidad por hecho ajeno, STS 4798/2007 de 22 de mayo, como en el caso de los pasantes. La responsabilidad del abogado será extracontractual cuando el perjudicado acreedor de la indemnización no fuera previamente acreedor en una relación obligatoria existente entre ambos (art. 1903.4 Cc), pero no es el caso donde hubo una contratación y relación directa abogado/cliente”.

7. RÉGIMEN APLICABLE AL ABOGADO ADSCRITO AL TURNO DE OFICIO

Por último, hay que hacer referencia al régimen de responsabilidad que le es aplicable al abogado de oficio, en tanto que presenta ciertas peculiaridades por razón de la naturaleza del servicio. Hay que tener en cuenta, según reconoce la jurisprudencia, que por más que su actividad se realice por la inscripción dentro del turno de oficio, la relación que éste crea con el cliente sigue manteniendo la naturaleza de arrendamiento de servicios. Por ello, la diferencia real estriba en el carácter, o no, de la gratuidad de esa relación.

Así, para el caso en el que al cliente en cuestión se le haya concedido el beneficio de la Asistencia Jurídica Gratuita, quien habrá de responder objetivamente del daño que el abogado pueda causar en el desarrollo de la prestación será la Administración Pública, por cuanto se entenderá el “funcionamiento anormal” de un servicio público. Esto quiere decir que, por más que el letrado haya contravenido la relación de normas y principios sobre los que se sustenta la profesión, no se le considerará civilmente responsable en términos de resarcimiento del daño. Cabe precisar que, aunque los cimientos de este análisis se basen en la gratuidad de la relación, esto no resultará aplicable para aquellos casos en los que se presta el servicio de forma gratuita a allegados o personas del entorno del profesional. En estos casos, la responsabilidad, si se produce un hecho dañoso, continuará siendo la misma que la expuesta al comienzo.



Sin embargo, como ya se sabe, la prestación de servicios por adscripción al Turno de Oficio no lleva aparejada por sí misma la aplicación del derecho a Asistencia Jurídica Gratuita. Podrá ocurrir que el Abogado haya sido designado dentro del Turno para llevar la causa de un cliente que finalmente tenga que abonar sus honorarios por no cumplir los requisitos legales para ser beneficiario de la misma o, simplemente, por no haberla solicitado. En este escenario es obvio que ya no estamos dentro del marco de un servicio público y, por eso, la responsabilidad se tornará de nuevo contractual, teniendo el profesional la obligación de resarcir el daño causado con su actuación negligente³⁴.

V. LA LEX ARTIS COMO PRIMER ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Dado que, como decíamos, la obligación que surge para el profesional es una obligación de medios y su actuación ha de ser examinada desde el prisma de la diligencia, es necesario examinar la *lex artis*, por cuanto su incumplimiento es el primer presupuesto para la exigencia de responsabilidad civil.

Con el término *lex artis* se hace referencia a un compendio de reglas técnicas y éticas que han de dirigir en todo caso la actuación propia de su oficio. Sin embargo, las tareas concretas que ha de desempeñar un letrado son tan diversas que esas reglas variarán en función del concreto escenario en el que nos encontremos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril del año 2003, RES: 334/2003, REC:2560/1997, ROJ: 2445/2003, aporta una definición de este compendio de normas, describiéndolo como *“el patrón de comportamiento que en el ámbito profesional de la abogacía se considera revelador de la pericia y el cuidado exigibles para un correcto ejercicio de la misma, en cuanto responde a aquel nivel de conocimiento de los preceptos legales y de la jurisprudencia que*

³⁴ Cfr. FERRER MORENO, S., *La responsabilidad civil del abogado y del procurador*, Universidad de Gerona, 2016, pág. 8 y ss.



los interpreta que resulta imprescindible para poder reclamar ante los Tribunales la tutela efectiva de los intereses legítimos de los ciudadanos”.

1. LEX ARTIS EN RELACIÓN CON EL CONTRATO

El contenido más básico y sobre el que se sustenta toda la relación comercial se incardina en la misión de defensa técnica que le ha sido encargada al abogado. Una defensa que ha de ser llevada a cabo con el máximo celo y diligencia. Si bien es cierto que en cualquier relación dentro del plano jurídico se exige a las partes obrar con la *“diligencia de un buen padre de familia”*, al abogado se le exige una diligencia superior por cuanto su perfil es el de experto en la materia. Tanto es así, que el grado de pericia será un elemento a valorar también a la hora de exigirle responsabilidad por el hecho de que, si este estimare no alcanzar el nivel suficiente para abordar el caso encomendado, deberá remitirlo a otro compañero o abstenerse de su llevanza.

Independientemente de en qué se materialice la obligación principal del Abogado, se dan una serie de deberes accesorios que, a pesar de no encontrarse especificados en el contrato suscrito con el cliente, son imprescindibles para que aquel se cumpla en las condiciones que le son exigibles. La dificultad radica en que estas obligaciones no se encuentran recogidas expresamente en la normativa, por lo que es necesario acudir a la jurisprudencia.

A.- Deber de información y “consejo”

El primero de estos deberes adicionales es el deber de información, que comprometerá la relación contractual desde el inicio e, incluso, una vez esta haya concluido.

El letrado deberá realizar un análisis del caso que permita proporcionar al cliente la siguiente información:

- ✚ Las posibles soluciones extrajudiciales



- ✚ Si, en caso de tener que iniciar un proceso judicial, el asunto sería viable y puede prosperar
- ✚ Las opciones legales que asisten al cliente al concluir el pleito o para el caso de no obtener un fallo favorable (recurso, posibilidad de exigir responsabilidad civil tras el archivo de la causa penal, etc.)
- ✚ Además, debe proporcionar información puntualmente a lo largo de toda la relación para permitir que el cliente pueda saber en todo momento las actuaciones que se están llevando y en qué punto del proceso se encuentra la causa.

Este deber que, en términos generales, implica la obligación de proporcionar de forma veraz, clara y comprensible todos los datos necesarios para que el cliente pueda formarse una idea del asunto, ha de cumplirse sea cual sea la relación que se cree con el mandante.

No obstante, será relevante esa relación contractual a la hora de extenderlo más allá de las exigencias genéricas:

- ✚ Por ejemplo, cuando el encargo principal sea específicamente el de aconsejar u opinar sobre un asunto (elaborando un dictamen que permita que el cliente se haga una idea de sus opciones), el deber de información incluirá también hacerlo con unas condiciones óptimas de rigor y en el tiempo estimado.

Puede ocurrir que, aunque el abogado cumpla debidamente con esta obligación, el cliente no llegue a comprender con exactitud las vicisitudes del proceso (no puede obviarse el hecho de que en general serán personas legas en Derecho) y en este escenario podría entenderse que el abogado no ha llegado a cumplir íntegramente con el deber de informar.

Sin embargo, no resultaría lógico responsabilizarle de hechos o circunstancias que quedan fuera de su obrar. Por eso opera el papel de la diligencia, asumiendo que mientras el letrado haya desplegado todos sus medios



y aptitudes para cumplir con dicha obligación, y aunque no alcance el resultado, no será admisible exigirle responsabilidad.

Por más que esta sea la forma más lógica de concebir este imperativo profesional, se está desarrollando una clara tendencia de los tribunales a ampliar la esfera del deber de información, obligando al profesional a asegurarse de que las informaciones son claras, concisas y han sido recibidas y comprendidas por el cliente. Esto supone que, a través del tratamiento jurisprudencial, este deber se está configurando progresivamente como una obligación de resultados y no de medios.

B.- Deber de conservar la documentación y devolverla al finalizar

En segundo lugar, y en relación con el punto anterior, se encuentra el *deber de conservar la documentación* que le ha sido entregada por el cliente, así como cualquier otra que reciba en relación a la causa, de forma adecuada, evitando cualquier posible pérdida o menoscabo de la información y de los datos sensibles, y permitir que aquél la consulte cuando estime necesario, además de devolverle aquella que sea de su propiedad cuando concluya la relación profesional. Está íntimamente ligado con el punto anterior, por cuanto para poder exigirle al abogado cumplir con el deber de informar de forma veraz sobre las posibles vías de solución y la estrategia de defensa, este deberá haber recibido previamente del cliente toda la documentación relativa a los pormenores del asunto.

C.- Deber accesorio de secreto profesional

En tercer lugar, un comportamiento acorde a la *lex artis* trae consigo el cumplimiento del *deber accesorio de secreto profesional*. Como ya fue desarrollado en el epígrafe dedicado a los principios de la profesión, me limitaré a mencionarlo,

Se parte de la idea de que el letrado funciona como un depositario de informaciones de suficiente entidad como para provocar efectos en la esfera propia del cliente y de terceros relacionados o no con la causa:



- + Recibe información de la situación personal del cliente y, en ocasiones, de sus allegados.
- + Recibe comunicaciones de compañeros como abogados de la otra parte
- + Recibe comunicaciones también de tipo institucional

Por eso, este deber opera también como un derecho, de modo que prohíbe al profesional revelar ningún dato de cuantos se hayan recibido con razón de la prestación del servicio a la vez que prohíbe a terceros obligarle a compartir esos datos (con las excepciones expuestas al inicio).

D.- Aptitud profesional y el conocimiento (y cumplimiento) de las leyes

Finalmente, otro de los deberes que se extraen de la *lex artis* es el de la *aptitud profesional y el conocimiento (y cumplimiento) de las leyes* y las fuentes del Derecho. No existe una concreta delimitación acerca del deber de conocimiento del derecho que se le exige al abogado. Sin embargo, el Alto Tribunal dispone que, como mínimo, conozca las leyes y jurisprudencia consolidada aplicables al caso. Además, deberá conocer igualmente los principios generales del Derecho y la costumbre.

De este deber de aptitud profesional y conocimiento de las fuentes del derecho se desprende también el deber accesorio de actualizarse, por cuanto el Derecho es una herramienta de ordenación de la sociedad y, por ende, evoluciona constantemente, igual que lo hace aquella³⁵.

VI. EL DAÑO COMO SEGUNDO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: CONCEPTO, REQUISITOS Y TIPOS

El daño es considerado por gran parte de la doctrina como el elemento más relevante para que exista responsabilidad civil, por cuanto es el elemento

³⁵ Cfr. CRESPO MORA, M. C., *La responsabilidad...*, cit., pág. 265 y ss.; SANCHO SOLANO, I., *Responsabilidad civil en el ejercicio profesional del Derecho*, (Licenciatura), Universidad de Costa Rica, 2014, pág. 16



que inicia todo el proceso y da lugar al fin más básico de esta institución, que es el indemnizatorio. No obstante, se trata de una cuestión compleja por cuanto, no en pocas ocasiones, ese daño se sustenta sobre hechos conjeturables, y eso dificulta su prueba.

2. CONCEPTO

Como punto de partida, el daño dentro de la esfera jurídica se entiende como perjuicio, dolor, molestia o menoscabo provocado sobre una persona o su patrimonio, ya sea por dolo o culpa, fuerza mayor o caso fortuito³⁶. La STS de 5 de octubre de 1999 definió el daño como *“el menoscabo que soporta una persona, en su misma persona, vida e integridad física, como ser humano (daño personal) o en el patrimonio de que es titular, daño emergente y lucro cesante (daño material) o en su espíritu (daño moral)”*. Posteriormente, la STS de 27 de julio de 2006, número 801/2006, REC 4466/1999, precisó lo siguiente: *“atendiendo a su origen, el daño causado a los bienes o derechos de una persona puede ser calificado como daño patrimonial, si se refiere a su patrimonio pecuniario; daño biológico, si se refiere a su integridad física; o daño moral, si se refiere al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral”*.

Sin embargo, no existe una regulación en el Código Civil que determine los requisitos para que el daño sea indemnizable, más allá de la exigencia de que recaiga sobre un bien jurídicamente protegido. Por eso, es necesario acudir a la jurisprudencia para poder conocer los presupuestos necesarios para que este daño sea reparable y para su cuantificación, es decir, para saber cuál será la indemnización concreta a la que habrá de hacer frente el profesional.

³⁶ MARCIÁ GÓMEZ, R. I., “La dualidad del daño patrimonial y el daño moral”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 36, 2010, pág. 1



3. REQUISITOS

Los requisitos que la jurisprudencia entiende de obligado cumplimiento para considerar un daño como “resarcible” son:

- ✚ *Daño cierto*: esta certeza tiene que ser entendida desde dos vertientes. La primera es que tiene que existir ese daño en el momento en el que, quien lo sufre, reclama su reparación.³⁷ La segunda hace referencia al valor pecuniario de ese daño, en el sentido de que habrá de ser posible cuantificarlo. Este requisito no es, Según el Tribunal Supremo, indispensable en relación al daño moral.
- ✚ *Daño efectivamente producido*: Este aspecto está íntimamente ligado con el de la certeza en tanto que, independientemente de que el daño sea actual o, por el contrario, se dé en el futuro, en todo caso debe quedar probado que se ha producido o va a producirse, sin que quepa lugar a eventualidades.
- ✚ *Daño directo y mediato*: con independencia de que se produzca sobre la persona con la que existe relación contractual o sobre un tercero.
- ✚ *Antijurídico*: hay que tener en cuenta que existen determinados perjuicios que el propio entramado legal estima como “soportables” o, lo que es lo mismo, que han de ser asumidos por quien los sufre sin que pueda exigirse reparación. Por eso será necesario que ese daño se encuentre ligado a un derecho o pretensión que sea legítima³⁸.

³⁷ La STS de 9 de abril 1996 (RJ 1996/2912) dice que los daños deben tener existencia real al tiempo en que se ejercita la acción.

³⁸ Cfr. VÉLEZ POSADA, P., *La responsabilidad civil contractual y extracontractual...*, cit., pag. 33; NAVEIRA ZARRA, M. M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Universidad de A Coruña, 2004, pág. 24 y ss.



4. TIPOS DE DAÑO

A.- Daño patrimonial o material

Existen una infinidad de apreciaciones doctrinales sobre la concreta delimitación de las vertientes del concepto de daño. Sin embargo, esta diversidad no es una cuestión baladí, sino el reflejo de una problemática con una trascendencia que va más allá de la propia calificación doctrinal, en tanto que asumir una u otra teoría supone aplicar un régimen diametralmente opuesto para su cuantificación.

A grandes rasgos y como primera definición, el daño material es aquel que posee un marcado carácter económico y en el que el perjudicado ve lesionada su propiedad, bien sea en relación a su patrimonio o a un derecho legítimo de contenido igualmente patrimonial. Dentro de este tipo de daño encontramos una segunda diferenciación que hace referencia al daño emergente y al lucro cesante, que trataremos en el siguiente apartado.

Un primer acercamiento a estos conceptos lo hace el artículo 1106 del Código Civil cuando reza que *“la indemnización de daños y perjuicios comprende, no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”*. Sin embargo, es la doctrina quien los concreta y distingue:

- *Daño emergente*

Así, entiende los daños emergentes como *“aquellos efectivamente producidos porque se trata de gastos efectivamente realizados o que se van a realizar”*. El daño emergente produce un perjuicio en el patrimonio del sujeto y, por ello, su cuantificación estribará en el valor de dicho bien.

- *Lucro cesante*

Sería *“la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos [...] este daño tiene en su propia naturaleza una dosis de incertidumbre pues la realidad es que no se llegó a obtener la ganancia, por eso hay que manejarse en términos de cierta probabilidad objetiva, de acuerdo con las*



*circunstancias concretas para evitar que bajo este daño pretenda el perjudicado obtener la compensación por pérdidas que nunca se hubieran producido*³⁹.

En el lucro cesante lo que ocurre es que hay una previsión más o menos cierta de obtener una ganancia que, por motivo del daño, ya no se va a lograr. Por ello, la cuantificación de este daño resulta especialmente controvertida, cuanto se basa en un juicio de prosperidad de la acción o ganancia que deberá ser llevado a cabo por un tercero objetivo y tomará como prueba aquellos indicios con los que el damnificado cuente para poder acreditar las probabilidades de éxito que le asistían.

Así pues, podemos comprobar la problemática que surge cuando se ha de probar la existencia del daño derivado de esa acción u omisión de la diligencia debida y, más aún, quedando probada la exigencia de ese daño, cuando se trata de determinar el *quantum indemnizatorio*⁴⁰.

Cabe señalar a este respecto, y será desarrollado en epígrafes siguientes, que las negligencias profesionales más habituales que derivan en responsabilidad civil para los abogados y que resultan más controvertidas a la hora de determinar tanto la existencia de daño como su cuantificación y el nexo causal, son aquellas que se refieren a actuaciones procesales y derivan en la pérdida de oportunidad procesal.

B.- Daño moral

Por su parte, en el daño moral se provoca un perjuicio sobre un elemento de contenido extrapatrimonial, esto es, una lesión o limitación sobre un interés legítimo relativo a la personalidad o dignidad de la persona (carece de carácter

³⁹ .REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson – Aranzadi, Navarra 2008, pág. 330.

⁴⁰ FERRER MORENO, S., *La responsabilidad civil del abogado y del procurador cit.*, pág. 27 y ss.



económico: derechos de familia, de la personalidad, etc.)⁴¹. A pesar de esta definición, sigue sin resultar una tarea sencilla establecer el límite entre uno y otro. Así, en palabras de DIEZ-PICAZO, en el daño moral, por ejemplo, no habrían de incluirse lesiones que afecten a bienes estrictamente económicos, perturbaciones en la esfera psicofísica de la persona que deriven de un incumplimiento contractual (a excepción de que dicho incumplimiento se dé en el seno de un contrato que verse sobre derechos subjetivos de aquella, por cuanto en ese caso primaría la vulneración de derechos frente a la esencia contractual de la relación)⁴².

Son numerosas las críticas, tanto jurisprudenciales como doctrinales, hacia esta interpretación del daño moral, entendiendo que los perjuicios que se provoquen en la esfera patrimonial de la persona pueden ser, además de patrimoniales, daños morales y viceversa⁴³.

Por lo que respecta a la cuantificación de unos y otros, estimar los daños morales no responde a criterios que estén tasados legalmente y esto provoca que la compensación que de ellos se derive dependa de la sana crítica del juez o tribunal. Por su parte y tal como se pronuncia el Tribunal Supremo sobre el daño patrimonial: *“aun cuando sea incierto, por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros, si admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, como si de éste se tratase, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las*

⁴¹ Cfr. MARCIÁ GÓMEZ, R., “La dualidad del daño patrimonial y del daño moral”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 36, 2010, pág. 24.

⁴² DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág 265 y ss. “seguido por la jurisprudencia para huir del riesgo de la llamada falacia (o «prejuicio») patrimonialista”.

⁴³ STS de 27 de julio de 2006: *“en un contexto valorativo encaminado a la fijación del importe de la indemnización que procede establecer para compensar el daño [...] cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto”*



*posibilidades de alcanzar un determinado resultado económico que se presenta como incierto*⁴⁴.

Es en torno a esta valoración probabilística surge un nuevo conflicto: dada la necesidad de realizar esa operación intelectual a la hora de cuantificar la responsabilidad civil del abogado derivada de una acción u omisión de la *lex artis*, muchas veces trata de evitarse o simplificarse el asunto subsumiéndolo todo dentro de los daños morales, puesto que estos quedan completamente a la discrecionalidad del juez y no exigen sujeción a mayores reglas, lo que puede provocar tanto inseguridad jurídica como unos resultados poco equívocos.

En este sentido, autores como MOREO ARIZA defienden que, a pesar de que la mayor parte de la jurisprudencia relativa a este asunto valora la oportunidad perdida como un daño moral, aplicando criterios indeterminados, debería resolverse utilizando aquella figura tan solo para los casos en que resulta imposible efectuar el juicio de probabilidades de éxito atendiendo a las circunstancias concretas del caso⁴⁵.

VII. EL NEXO CAUSAL Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO EL TERCER ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En última instancia, resulta imprescindible abordar la relación de causalidad, también denominado nexo causal entre la acción u omisión del letrado y el daño efectivo producido. Esto es así porque nuestro sistema de responsabilidad civil se configura con la teoría de la condición *sine qua non* para que la responsabilidad sea exigible y, por tanto, sea posible la reparación del daño en términos económicos. Esta teoría se aplica de forma que será causa del daño todo aquel acto o circunstancia anterior al mismo si, al suprimirlo mentalmente, se evita también que este se produzca. Sin embargo, esta teoría resulta ineficaz aplicada de forma absoluta, por cuanto no tiene en cuenta la causalidad natural de cualquier evento.

⁴⁴ STS 583/2015 de 23 de octubre de 2015, REC 2017/2013, ROJ: 4290/2015,

⁴⁵ Cfr. MOREO ARIZA, J., "La compleja configuración del daño", *InDret*, Barcelona, 2007, pág. 13 y ss.



Es evidente que con anterioridad a un hecho dañoso se da una concatenación de acontecimientos tanto materiales como naturales que, indudablemente, influirán en mayor o menor medida en que aquel se produzca. Esto es, suprimiendo cualquiera de ellos podría llegar a entenderse que no se hubiese producido el daño sin saber si, efectivamente, existe lo que el Tribunal Supremo ha denominado como “eficiencia causal”. En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014: *“(i) que la prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva, (ii) que ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades, aunque no siempre se requiera la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, y (iii) que le corresponde sentar dicho juicio al tribunal de instancia, cuya apreciación sólo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido”*.

Indudablemente, esto supone un exceso que hace que dicha teoría no sea totalmente rigurosa, lo cual resulta incompatible con las reglas de la responsabilidad civil en tanto que, para exigirse, debe de existir un grado suficiente de certeza probatoria. Además, asumir la causalidad de facto como criterio impone la necesidad de que el Tribunal que juzgue el asunto deba efectuar un examen en el plano de lo hipotético: *¿qué consecuencia habría traído suprimir esta o aquella causa?, ¿hubiera sido distinto el resultado de haber omitido la conducta del agente?*⁴⁶.

Por eso, a fin de evitar este hecho, el Tribunal Supremo ya viene asumiendo en su jurisprudencia la solución de conjugar la fórmula de la causalidad material con la teoría de la imputación objetiva, que consiste en utilizar una serie de valores normativos para seleccionar, de entre todos los eventos que han sucedido con carácter previo al daño, aquellos con verdadera relevancia jurídica, como pueden ser por ejemplo el concreto ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, la existencia o no de consentimiento del perjudicado, etc.

⁴⁶ SALVADOR CODERCH, P., y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad”, *InDret*, Nº 1, 2006, pág. 3 y ss.



En definitiva, nexo causal e imputación son parámetros distintos, aunque se usen de forma conjunta y, en muchas ocasiones, los propios tribunales los convierten erróneamente en equivalentes. La virtualidad práctica de esta teoría tiene especial interés en lo que respecta al oficio de la abogacía por existir en ella una obligación de medios. Que el abogado tenga libertad de actuación dentro de los límites de la *lex artis* y su pericia, supone que de entre todo el elenco de posibles vías de solución que se le plantean, deberá escoger aquella que estima más factible y menos perjudicial para el cliente. Pero como no puede obviarse el carácter incierto propio de cualquier proceso judicial, si finalmente se provoca un perjuicio, habrá que vislumbrarlo desde la óptica del “riesgo normal de la vida”.

Así, en lo que respecta a la actividad profesional del abogado, el daño producido habrá de ser por razón de una “acción u omisión culposa” dentro del desarrollo de los deberes que le son impuestos por la relación contractual que le vincula con su cliente, pero, además, esta conducta deberá tener el carácter de antijurídica o contraria a las normas legales o profesionales. Es decir, por más que se haya provocado el daño, si el abogado ha operado conforme a las normas éticas de su oficio o con la diligencia debida no cabrá exigirle responsabilidad. Aun así, el incumplimiento de las normas no deriva por sí mismo en responsabilidad para el profesional, sino que tendrá que probarse que dicha conducta negligente es la causa o una de las causas de ese resultado lesivo para el cliente⁴⁷.

Pero ¿qué ocurre cuando es imposible determinar con certeza ese nexo causal entre la conducta negligente y el daño, cuando existe una “incertidumbre causal”? En estos casos se utilizará lo que se conoce como teoría de la pérdida de oportunidad, que se analizará en apartados siguientes.

⁴⁷ En caso contrario, podríamos estar ante “el *“criterio del riesgo”*, según el cual un acto u omisión no puede ser considerado como causa de un determinado evento si éste hubiera ocurrido igualmente sin ese acto u omisión”. (MOREO ARIZA, J., op., cit., pág. 18); REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de responsabilidad civil*, cit, pág. 300.



VIII. CARGA DE LA PRUEBA

A la hora de analizar el elemento de la carga de la prueba es necesario partir de la consideración de que existe un funcionamiento diferente de este régimen si estamos en uno u otro tipo de responsabilidad, esto es, si la responsabilidad es contractual o extracontractual. En términos generales, habrá que partir del tenor del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que asienta un principio asumido de forma reiterada por la jurisprudencia.⁴⁸ Dicho principio no es otro que, dando por cierto que el incumplimiento se produce dentro de la esfera propia del contrato y, por ende, la responsabilidad surgida es de tipo contractual, *“será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que debe probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual ab initio goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional”*⁴⁹.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 23 de marzo de 2007 (número 387/2007, REC:1689/2000) según la cual, *“partiendo de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, será preciso, pues, como “prius” en ese juicio de reproche acreditar la culpabilidad, siempre y cuando quepa imputársela personalmente al abogado interviniente (sin que se dude que, a tenor del principio general del art. 1214 en relación con el 1183 CC. “a sensu” excluyente, dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual “ab initio”, goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional), sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención”*.

Esta teoría general que impone al cliente la obligación de probar la conducta negligente del profesional, el daño efectivo y el nexo causal entre

⁴⁸ SSTs de 12 de diciembre de 2003, 30 de diciembre de 2002, 23 de mayo de 2001.

⁴⁹ STS de 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003/333); DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., La responsabilidad civil del abogado, InDret, Barcelona, 2008, pág.15 y ss.



ambos, no es óbice para que existan ciertos matices. Como ya se ha expuesto, la obligación que surge para el abogado es, en sentido genérico, de medios. Sin embargo, también existen actuaciones que, por su propia naturaleza, convierten la obligación en una de resultados, como puede ser la elaboración de informes. Pues bien, de darse este supuesto, para que el letrado-deudor resulte civilmente responsable será suficiente con que el acreedor demuestre que dicho encargo no se ha llevado a cabo.

Por otro lado, si en vez de hablar de una actuación negligente lo hacemos de una omisión de alguno de los deberes que le son impuestos (ejercitar alguna acción exigible dentro del cauce normal del proceso o no acudir al propio acto del juicio, por ejemplo), se produce una inversión de la carga de la prueba y será el abogado quien deba proporcionar la certeza de que esto ha ocurrido sin que medie culpa, ya sea por fuerza mayor o caso fortuito. El argumento sostenido por la jurisprudencia radica en que, al apreciarse efectivamente un incumplimiento de su deber, se crea una presunción de culpa que recae sobre la figura del deudor. Siguiendo esta línea encontramos (entre otras) la Sentencia del Tribunal Supremo, número 896/2011, de 12 de diciembre de 2011, [REC 2017/2018] la cual señala:

“Acoge el art. 1902 CC el principio de responsabilidad por culpa o negligencia. Criterio de responsabilidad subjetiva que, en virtud de la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas ora por el cauce de la inversión de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida según las circunstancias de lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglamentada, entendiéndose que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad



*cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo*⁵⁰.

Y la SAP de Albacete de 20 de noviembre de 2002, que reza que “*cuando se trata de negligencias por omisión, que han sido causa de la pérdida del derecho (acción por despido, acción de retracto, acción por responsabilidad extracontractual, etc., no ejercitadas en tiempo oportuno), es obvio que existe el daño y que media la relación de causalidad; sin embargo, cuando se trata de un planteamiento erróneo, no puede aceptarse que ello haya sido la causa de pérdida del derecho, porque esto equivaldría a afirmar que otro distinto hubiese prosperado, cosa que no es posible, ya que se trata de algo futurible*”.

IX. LA TEORIA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

En los epígrafes que preceden se ha expuesto que los elementos configuradores de la responsabilidad civil son la existencia de una conducta negligente, el daño y el nexo causal que relacione, a través de evidencia suficiente, los anteriores.

¿Qué ocurre entonces cuando, de la propia naturaleza de los hechos, resulta imposible lograr esa certeza probatoria?, ¿puede negarse el derecho al resarcimiento que protege a quien ha sufrido un daño injusto cuando esto ocurre?

Responder afirmativamente a esta última cuestión implicaría, ya de primeras, negar la principal razón de ser del Derecho. A nadie se le escapa que el ordenamiento jurídico no es otra cosa que un recurso del hombre para ordenar y controlar el caos de su propia naturaleza. La consecuencia directa de esto es que, aun cuando se trate de configurar mentalmente cualquier escenario posible, siempre existirán situaciones imposibles de prever y que, bien habrán de ser

⁵⁰ MARTÍN COLETO, R. A., Las responsabilidades en materia de riesgos laborales, UCOPress, Córdoba, 2007, pág. 90 y ss.



trasladadas al plano normativo una vez han ocurrido o bien habrán de ser corregidas por no contemplar determinada circunstancia.

La teoría de la pérdida de oportunidad procesal, por tanto, es una construcción dogmática que trata de evitar la injusticia a la que puede conducir, en la práctica, la aplicación estricta de los elementos configuradores del Derecho de daños, tales como la exigencia de certeza probatoria. Al no alcanzarse ese “estándar de prueba suficiente”, se tendría que rechazar de plano cualquier indemnización y con ello exonerar al agente generador del posible daño que, además, podría haberlo evitado con la observancia de ciertas normas.

Para solucionar esta especie de “vacío” en el que se sitúan los casos en los que es imposible apreciar absoluta certeza, dicha teoría salva el problema de la incertidumbre a través de dos vías:

1. Facilitando la prueba del nexo causal entre la acción u omisión del sujeto y el daño provocado.
2. Aplicándose como criterio para cuantificar el daño.

1. ORIGEN

El nacimiento de la doctrina de la pérdida de oportunidad se puede encuadrar entre finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX dentro del entramado legal de Francia e Inglaterra, extendiéndose más tarde a otros países. Sin embargo, resulta especialmente relevante el tratamiento de esta figura dentro de la doctrina de Estados Unidos, que la ha convertido en la piedra angular de su sistema de resarcimiento de daños producidos dentro de la esfera de los servicios sanitarios⁵¹. Como principal argumentario a favor de su aplicación, recogen dos ideas:

⁵¹ Cfr. YONG, S., y RODRIGUEZ, C., “Pérdida de Oportunidad”, *Via Inveniendi Et Iudicandi*, V.6, Nº 2, 2011.



- ✚ El sanitario es quien tiene la obligación de obrar de forma diligente y, además, cuenta con los medios suficientes para poder hacerlo. Por eso, no resultaría justo hacer al paciente soportar un daño que había opción de evitar.
- ✚ Por más escasa que sea la posibilidad de que el paciente se recupere, si esta se le niega por una mala praxis del médico, habrá de ser indemnizada⁵².

Esta configuración de la pérdida de oportunidad, aunque razonable, cuenta con numerosos detractores por considerar que una oportunidad perdida no puede ser indemnizada por ser imposible de valorar (Noruega, Alemania, Suiza, entre otros).

Por lo que respecta a España, esta doctrina no ha formado parte de nuestro entramado legislativo, pero comienza a aplicarse como principio jurisprudencial en la década de los ochenta y ha ganado especial relevancia en los últimos años, puesto que se ha producido una tendencia creciente a “profesionalizar” ciertos oficios (como el de la abogacía) al resolverse cada vez más asuntos en los que se ha estimado negligencia para con el cliente. Sin embargo, ni en sus orígenes ni en el momento actual ha estado exenta de debate⁵³.

2. TESIS SOBRE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Toda la argumentación esgrimida en torno a esta doctrina se puede encuadrar dentro de tres corrientes: la teoría del “todo o nada” (contraria a la indemnización por las oportunidades perdidas), la teoría autonomista del

⁵² Primera Sentencia en aplicar la teoría en Francia: de Cass. de 17- julio-1889. En ella se reconoce la pérdida de oportunidad procesal por la mala praxis de un oficial ministerial; MEDINA ALCOZ. L. “Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 30, 2009, pág. 31; YONG, S., y RODRIGUEZ, C., “Pérdida de oportunidad”, cit.

⁵³ SERRA RODRÍGUEZ, A., y MONTES PENADÉS, V., *La responsabilidad civil del abogado*, Elcano: Aranzadi, pág. 221 y ss.; YONG, S. y RODRÍGUEZ, C., “Perdida de oportunidad”, cit. .



perjuicio patrimonial o personal y la de la causalidad probabilística (ambas defienden, a grandes rasgos, la indemnización por pérdida de oportunidad)

A. - Teoría del todo o nada

Aquellos que defienden la “teoría del todo o nada”, independientemente de que la apliquen en su forma estricta (exigiendo al menos un 80% de certeza en la prueba) o relativa (exigiendo al menos un 50%), critican la doctrina de la pérdida de oportunidad por ser manifiestamente contraria al principio básico de la certeza causal sobre el que se asienta la institución de la responsabilidad civil: no se puede indemnizar si ni si quiera podemos constatar realmente la relación de causalidad entre la conducta y el daño, por cuanto no hay razón para reparar.

Además, provocan que el sujeto, en este caso el profesional, se vea obligado a aumentar excesivamente toda precaución sobre el desarrollo de su actividad, por cuanto se le puede llegar a exigir que resarza un daño sin haberse demostrado efectiva y previamente que se ha producido.

B. - Teoría autonomista

Por su parte, los defensores de las tesis autonomistas defienden la utilidad de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en base a que el daño que se estima no es por haberse visto privado el cliente del beneficio que esperaba obtener con el proceso, sino que el daño proviene de no haber podido acceder, por una conducta ajena, a que la obtención de dicho beneficio se valorase, y este hecho tiene suficiente relevancia en sí mismo como para otorgarle el carácter de indemnizable.⁵⁴ Esto es, una oportunidad que se ha perdido constituía de forma autónoma un beneficio y, por ello, no puede confundirse con el beneficio de la pretensión que el sujeto pretendía obtener al final de proceso. El problema de aceptar esta tesis recae sobre cómo cuantificar este valor o beneficio de la oportunidad perdida⁵⁵.

⁵⁴ SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*, Navarra, Aranzadi, 1999, pág. 227.

⁵⁵ YONG, S., y RODRIGUEZ, C., “Pérdida de Oportunidad”, cit.



C. - Teoría probabilística

Por eso, la tesis más factible y aceptada por nuestra jurisprudencia en relación a la pérdida de oportunidad es la de la “causalidad probabilística”, que consiste en realizar un juicio de valor que permita determinar las probabilidades que existen de que la acción u omisión provoque el daño.

La conclusión que se deriva de este análisis de las diferentes teorías en contra y a favor es que la diferencia principal entre unas y otras radica en relacionar la oportunidad que ha perdido el sujeto bien con la causa o bien con el daño (sea este daño emergente o lucro cesante).

Desde mi punto de vista, resulta más lógico situarse del lado de las tesis positivas que la relacionan con el daño y sobre esa base la ven como un perjuicio que ha de ser indemnizado, por cuanto esto no implica necesariamente que el profesional vaya a verse obligado a responder por cualquier resultado que no sea el esperado por el cliente ni tampoco supone que se renuncie por completo al nexo causal ya que, en cualquier caso, al cliente le va a tocar probar que el abogado ha llevado a cabo una actuación negligente.

El objetivo que tiene la teoría de la causalidad probabilística es servir de recurso para aquellos casos en los que resulta imposible la aplicación de la imputación material concebida desde su planteamiento tradicional, pero tampoco es posible negar de facto que exista. Así, no se renuncia a la imputación objetiva, en tanto que no será de aplicación para los casos en los que se aprecie absoluta certeza probatoria, pero resulta necesaria para no someter a la injusticia aquellos en los que tal planteamiento es inviable.

En palabras del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, que abordó este tema en el XXIII Congreso de Responsabilidad Civil de Barcelona, *“en efecto, su virtualidad se limita a determinados supuestos en los cuales el nexo de causalidad se presenta con un grado de probabilidad razonable, pero no*



suficiente para tener por producido el resultado dañoso consistente en la pérdida de un beneficio o para atribuirlo al agente”⁵⁶.

3. PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN

A. - Acción u omisión negligente del abogado

Como este aspecto ya se ha examinado en el epígrafe específico sobre los requisitos de la responsabilidad civil del abogado, tan solo cabe puntualizar que, si bien es necesario el incumplimiento de los deberes de la *lex artis* como presupuesto para que exista responsabilidad, no todo incumplimiento llevará aparejada la indemnización por pérdida de oportunidad procesal.

La razón es que si se consigue demostrar que, aun con un obrar acorde a las exigencias materiales del proceso y a las reglas del oficio, el asunto hubiese sido igualmente inviable, no se podrá constatar la existencia de una pretensión frustrada o fallida⁵⁷.

B. - Incertidumbre causal

Este es, a mi juicio, el presupuesto fundamental de toda la teoría. Ya se ha analizado anteriormente que, en general, en la responsabilidad civil opera el principio de certeza causal conectado con el de imputación objetiva. Esto hace que todo el entramado de la teoría de la oportunidad procesal perdida active sus engranajes de modo “subsidiario” para aquellos supuestos en los que no puede obtenerse tal certeza con respecto al daño, pero negarlo supondría un injusto.

⁵⁶ FIERRO RODRÍGUEZ, D., “Algunas reflexiones sobre la doctrina de la pérdida de la oportunidad”, *El jurista*, Barcelona, 2016, (<https://www.eljurista.eu/2016/06/03/algunas-reflexiones-sobre-la-doctrina-de-la-perdida-de-la-oportunidad/#:~:text=La%20doctrina%20de%20la%20p%C3%A9rdida%20de%20la%20oportunidad%20es%20una,cuya%20cuant%C3%ADa%20ser%C3%A1%20inferior%2C%20en>)

⁵⁷ ARCOS VIERA, M. L., “La pérdida de oportunidad como daño indemnizable”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Universidade de Coimbra, nº. 7, 2005, pág. 169.



Por eso, se crea una “ficción” asumiendo que, al menos, existía una esperanza de lograr un beneficio que ha sido frustrada por la conducta negligente.

Por último, cabe aclarar que la incertidumbre existe solo con respecto a la causación efectiva del perjuicio final (la no obtención de la pretensión del cliente), no así en la relación causal entre la acción u omisión negligente y la frustración de las posibilidades que se le presentaban⁵⁸.

4. NEGLIGENCIAS MÁS HABITUALES

En la práctica, las conductas generadoras de responsabilidad profesional más frecuentes para el abogado tienen que ver con el transcurso de plazos procesales y plazos sustantivos de las acciones.

- ✚ En relación a los plazos sustantivos, se encuentran las figuras de la prescripción y la caducidad. La prescripción es una figura según la cual el transcurso de un determinado periodo de tiempo extinguiría la acción, pero conservándose el derecho; es decir, con ella se hacen firmes determinadas situaciones de hecho. En la caducidad, sin embargo, se extingue tanto la acción como el derecho. Estos plazos sustantivos operarían en la interposición de una demanda, por ejemplo.
- ✚ Por su parte, los plazos procesales son aquellos periodos de tiempo que se conceden para la realización de las diversas actuaciones del proceso y operan, por ejemplo, para la contestación a la demanda o la interposición de recursos.



5. VALORACIÓN DEL DAÑO Y SU CUANTIFICACIÓN

Cuando hablamos de la valoración del daño y la determinación del quantum indemnizatorio, podría decirse que existen tres alternativas para tratar la cuestión:

⁵⁸ Cfr. RAGONESI ESPARZA, C., *La relación de causalidad y el daño indemnizable en los supuestos de pérdida de oportunidad* (Graduado), Universidad Pública de Navarra, 2015, pág. 18.



A. - Criterio valorativo del daño moral

La primera, sostenida por el Tribunal Supremo, es aquella que usa como criterio valorativo el daño moral en base a la imposibilidad de ejercitar el derecho a la tutela judicial efectiva por la conducta del profesional⁵⁹.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española, cualquier persona, en defensa de sus intereses legítimos, tiene derecho a iniciar un proceso encaminado a que un juez, de forma motivada y congruente, decida sobre las peticiones formuladas. Asimismo, para el caso de que dichas pretensiones no sean estimadas y siempre que se den los presupuestos legales al efecto, tendrá derecho a interponer cuantos recursos contemple el ordenamiento. Por último, cuando la sentencia devenga firme, tendrá derecho a que ese fallo sea efectivamente ejecutado⁶⁰.

En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que cuando se den sus presupuestos, pero no sea posible valorar económicamente la acción ejercitada, podrá estimarse el resarcimiento al relacionar la pérdida de oportunidad procesal con la vulneración de los derechos de tutela judicial efectiva y defensa.

Por tanto, demostrar la mala praxis del abogado puede dar lugar a la indemnización por daños morales, como así concluye la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1996: *“Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial y el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones, tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico. No puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que*

⁵⁹ La STS de 17 de noviembre de 1995 es la primera en la que el Tribunal Supremo reconoce la responsabilidad civil de un abogado por dejar que caducase el plazo para realizar la anotación preventiva en el Registro de la propiedad del embargo que recaía sobre una finca

⁶⁰ Cfr. FERRER MORENO, S., *Responsabilidad civil del abogado y del procurador*, cit., pág. 17.



*corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales)*⁶¹.

Por más que esta sea la forma más adecuada de valorar la oportunidad perdida para el Tribunal Supremo, no toda la judicatura ni la doctrina está conforme con esta idea, puesto que supone obviar por completo la ganancia que se espera obtener del seno del proceso. Subsumirlo de forma directa dentro del daño moral, a pesar de que es innegable que existe privación del derecho, implica reconocer la pérdida del valor o beneficio presente (que es el debido proceso), pero negar la pérdida del valor o beneficio futuro (el interés que se discute y se pretende obtener al finalizar)⁶².

Este planteamiento como daño moral, también a mi modo de ver, es bastante incompleto. Cualquier persona es capaz de apreciar el valor que tiene, en sí misma, la posibilidad de ejercitar un derecho legítimo como es el de procurar la protección de sus intereses por medio de un juez o tribunal y, por ello, resulta esperable que reciba una compensación por el perjuicio extrapatrimonial que se le ha causado al privarle de ella. No obstante, no hubiese necesitado ejercer tal derecho de no haber tenido un conflicto que solventar en vía judicial, conflicto que, muy probablemente, tenga algún tipo de contenido patrimonial del que está siendo vaciado.

A. - Criterio del valor de la acción frustrada

Por lo que respecta a las dos últimas vías de solución, aunque distintas, quedan ambas dentro de la esfera que aplica el criterio valorativo del daño material. Esto quiere decir que en cualquiera de las dos se va a tratar de dar valor y cuantificar la pretensión fallida del cliente, aunque sea a través de operaciones diferentes:

⁶¹ MARTÍ MARTÍ, J., "Responsabilidad del procurador y no del abogado por error en el proceso", *Revista de seguro y responsabilidad civil*, pág. 134; MEDINA MARTÍN S., Responsabilidad civil del abogado. Pérdida de oportunidad, pág. 87

⁶² La STS, 1ª, 8.2.2000, no califica el daño, enfocándose solo en señalar su carácter de indemnizable; STS de 28 de junio de 2012, 5 de junio y 19 de noviembre de 2013



La primera se sirve de un cálculo prospectivo de las posibilidades de buen éxito que tenía la acción (si se hubiese solventado la causa en sede judicial). Este porcentaje de viabilidad se utiliza después para reconocer unos perjuicios proporcionales aplicándolo sobre la cantidad en la que se valora el pleito.

Si bien con esta se soluciona el problema que se planteaba al analizar el criterio empleado por el Tribunal Supremo, porque en esta sí se tiene en cuenta el contenido patrimonial de la acción que se ejercita, llegar a esta conclusión trae muchas dificultades. Esto es debido a que se produce la situación conocida como "*el pleito del pleito*"⁶³, que opera del modo siguiente. Para llegar a saber qué probabilidades tenía el cliente de obtener un fallo favorable, el juez se ve obligado a crearse una idea mental de cómo hubiese sido el desarrollo, íntegra o sustancialmente, del juicio que no se ha podido celebrar. Con la posible dificultad añadida que se daría si el pleito fallido hubiese versado sobre una materia que se sale de aquellas que dicho juez conoce o le competen y, por ende, de las que quizá no cuente con suficiente conocimiento como para evaluar si el asunto era o no estimable.

Imaginemos un supuesto práctico: El cliente, que es empresario, se ha visto inmerso en un procedimiento de materia laboral por un supuesto despido improcedente. Al terminar dicho procedimiento, efectivamente, el fallo estima el carácter de improcedente del despido imponiendo al demandado la obligación de indemnizar al trabajador. Se abre plazo para interponer recurso, pero el abogado lo presenta de forma extemporánea. Debido a este hecho, se inicia el pleito que va a decidir sobre la responsabilidad civil del abogado. Un pleito en el que el juzgador, sin ser experto en la rama laboral, igualmente va a tener que decidir si existían probabilidades suficientes para aseverar que el recurso pudiera haber cambiado el destino del cliente.

⁶³ MARTÍ MARTÍ, J., La certidumbre razonable de la probabilidad del resultado en la responsabilidad civil del abogado. *Diario La Ley*, 2009, pág. 3.



- La segunda solución con un fin idéntico a la anterior, pero solventando el problema que supone efectuar dicho juicio de valor, toma como criterio el resultado medio que suele obtenerse en los pleitos que versan sobre ese asunto y tienen unas características similares.

Operando de esta forma se trata de evitar que el juez tenga que reproducir, aunque sea mentalmente, todo el juicio fallido para poder determinar su viabilidad. Igualmente, el interés se sitúa en establecer el valor que tenía la pretensión que el cliente ha dejado de obtener por la conducta del abogado. Sin embargo, en este caso, la forma de hacerlo es a través de una “media”: dando por cierto que el asunto carecía de circunstancias especiales que lo hicieran diferente al resto de los de su tipo (cumple con el estándar de esa clase de pleitos), se puede concluir igualmente que el resultado previsible habría sido el mismo que se obtiene, de media, en esos procesos. Una vez obtenido ese porcentaje medio de probabilidades, habría que multiplicarlo por la cuantía en la que está estimado dicho pleito, dando lugar al *quantum indemnizatorio*⁶⁴.

El problema que algunos autores barajan en relación a esta última alternativa es el posible “fraude” que podrían tratar de cometer los clientes. Si estos fueran conscientes previamente de que las circunstancias de su caso lo colocan en una posición que está bajo la media, podrían encomendarle su defensa a un abogado poco diligente y con ello optar a que se cuantificase su pretensión por encima del valor real del que partía.

⁶⁴ GOMEZ PÓMAR, F., “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”, *InDret*, nº 3, Barcelona, 2003, pág. 6 y ss.



X. POSIBLE CONFUSIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD CON EL LUCRO CESANTE

A modo de cierre, considero relevante tratar el problema de la confusión entre la indemnización por la pérdida de oportunidad procesal y el lucro cesante. Ocurre frecuentemente que los tribunales terminan asimilando ambas figuras en sus fallos. A pesar de que las dos sirven para resarcir daños que se dan en el futuro, la diferencia está, de nuevo, en la certeza y la inmediatez del daño, lo cual tiene su repercusión en la indemnización a percibir⁶⁵. Mientras que en la figura del lucro cesante es posible asegurar con suficiente certeza la pérdida de ganancias futuras (el daño producido ataca de forma directa a la posibilidad de obtener esas ganancias) y la indemnización consistiría en el montante de las pérdidas, lo que se frustra en la pérdida de oportunidad es la esperanza que el sujeto tenía de obtener un beneficio y, por ese carácter de aleatoriedad, la indemnización no debería ser completa⁶⁶.

Como ejemplo, y para entender cómo habría de aplicarse el criterio para solventar la cuestión, imaginemos que se inicia un procedimiento de reclamación de responsabilidad civil a un letrado que, por no presentar la demanda en tiempo y forma, ha impedido que su cliente obtuviese la indemnización a la que tendría derecho por la muerte de un familiar en un accidente múltiple. En este caso, aun siendo cierto que se le ha privado del derecho a ejercitar la acción, podría apreciarse de forma bastante clara que la conducta negligente ha provocado que el cliente haya dejado de obtener una ganancia patrimonial (el resto de damnificados por el accidente sí la obtuvieron). Aunque cabría apreciar ambas figuras en este caso, probablemente, resultaría más adecuado solventarlo conforme al criterio del lucro cesante, por cuanto hay certeza de entidad suficiente sobre la pérdida de las ganancias futuras.

⁶⁵ VICENTE DOMINGO, E., *El lucro cesante*, Reus, Madrid, 2014, pág. 8.

⁶⁶ RAGONESI ESPARZA, C., *La relación de causalidad y el daño indemnizable...*, cit., pág. 23 y ss.



En definitiva, la base para aplicar una u otra figura estaría en la seguridad con la que se pueda aseverar que esas cantidades iban a llegar al patrimonio del agente⁶⁷.

XI. MENCIÓN A UN CASO REAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

Para concluir, haré una mención a un caso que fue tramitado en el despacho profesional donde he realizado las prácticas del Máster y que fue la razón de escoger este tema para el presente trabajo.

La resolución que sirvió de precedente al juicio ordinario en reclamación de responsabilidad civil profesional fue la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Santander, número 30/2018, de 25 de enero de 2018. Dicho procedimiento, sobre resolución de contrato, se sustanció por un despido que fue declarado improcedente por el juez en cuestión.

Dicha resolución reproduce los siguientes hechos probados:

El actor, que prestaba servicios profesionales para la empresa demandada y había sido esposo de la hija del dueño, recibe una comunicación de la misma por la que se le concede un periodo vacacional de una semana. Al día siguiente de recibir dicha carta, el actor interpuso una denuncia ante la ITSS.

Quince días más tarde, la empresa demandada le comunica carta de despido por motivos disciplinarios fechada el día antes de que concluyera su periodo vacacional.

Dicho despido fue declarado nulo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad ex art. 24 CE. En cumplimiento de la misma, el actor fue readmitido en su puesto meses más tarde.

Sin haber transcurrido ni una semana desde que se reincorporase al trabajo, la empresa le notifica, por primera vez, la imposición de dos sanciones de amonestación por haberse negado a realizar algunas de las tareas encomendadas. Sin embargo, esto no constituyó un hecho aislado, puesto que durante meses se van sucediendo diversas comunicaciones de sanción. Todas ellas son impugnadas y concluyen con sentencias que imponen su revocación.

67 ARCOS VIERA, M. L., *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*, Aranzadi- Thomson, 2005, pág. 57



Posterior a estos hechos, se le notifica una nueva sanción de dos días de suspensión de empleo y sueldo por falta muy grave. Esta también se impugna y concluye con sentencia estimatoria parcial para el demandante.

Finalmente, tras dos procesos de incapacidad temporal por cuadro de ansiedad reactivo a situación laboral (como se extrae de los informes psiquiátricos del actor), se celebró preceptivo acto de conciliación ante el ORECLA que finalizó sin Avenencia.

El juez va detallando a lo largo de los fundamentos de derecho el carácter abusivo del proceder de la empresa. Califica la situación como algo más que *“conflictividad laboral derivada de la ruptura del vínculo matrimonial entre el actor y la hija del dueño”* y evidencia también la inadecuada manifestación del poder disciplinario de este último.

En definitiva, asimila la situación padecida por el actor con la figura del “mobbing” o acoso laboral, por cuanto no se tiene constancia de conflictos ni sanciones a ese trabajador que sean anteriores a la ruptura del matrimonio y a partir de este momento se le obliga a acudir hasta a seis procedimientos judiciales para defenderse de las acusaciones vertidas por la empresa:

“En definitiva, se considera que concurren los elementos objetivos propios de una situación de acoso laboral tales como la sistematicidad de la presión ejercida sobre el trabajador, la relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección- que no ha sido refrendado judicialmente- y una elemental gravedad que aquí concurre, por lo que procede la estimación de la demanda y en consecuencia declarar extinguida a la fecha de esta sentencia la relación laboral que une a las partes con derecho a percibir una indemnización equivalente al despido improcedente, (art. 50.2 ET)”.

Así, la sentencia termina estimando la demanda del actor, declarando la extinción de la relación laboral y condenando a la empresa a abonar al demandante una indemnización por despido improcedente por importe de 41.306,40 euros, a los que habría que añadir un importe de 15.221,96 euros en concepto de daños morales.



Al finalizar este procedimiento es cuando se recibe el expediente y el cliente, que fue el demandado en aquel momento, encomienda a este despacho la tarea de reclamar responsabilidad civil profesional al abogado que se encargó de la defensa en el procedimiento de despido individual n.º 584/2017. El motivo es que, según el relato de los hechos del cliente, una vez recibida la sentencia y a la vista de lo gravosa que resultaba para sus intereses, consultó con el letrado demandado la posibilidad de recurrirla. Este, después de estudiarla, confirma que puede instarse recurso de suplicación y que, además, este es viable según su criterio.

Siguiendo con lo previsto, el letrado anuncia el recurso dentro del plazo legalmente previsto. No obstante, obvia informar al cliente de la necesidad de consignar el importe objeto de condena en la sentencia que se iba a recurrir, así como sobre la necesidad de abonar el depósito de 300 euros exigible para que se tuviera por anunciado el recurso. Esta información llegaría de forma totalmente extemporánea, por cuanto ya se había agotado el plazo de cinco días que se prevé a efectos de estos trámites.

La actuación del abogado demandado supuso que el Juzgado de lo Social n.º 2 de Santander dictara Auto por el que se tenía por no anunciado el recurso de suplicación y por firme la sentencia.

Por todo ello, la demanda presentada se respalda en la oportunidad que el cliente perdió por el mal proceder de quien fue su letrado. Si bien es cierto que nadie puede prever con absoluta seguridad que la pretensión que se quería deducir iba a ser obtenida, no puede negarse que el menoscabo sufrido por el cliente es cierto desde la base de que el letrado, con su error profesional, impidió la posibilidad de conseguirlo, vulnerando, además, el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE pues, indudablemente, el derecho de acceso a dicha tutela forma parte del patrimonio jurídico del actor.

La consecuencia de todo lo referido es que puede concluirse que el cliente se vio perjudicado por la anormal o defectuosa prestación de los servicios del letrado. El error cometido, con base en un incumplimiento de la *lex artis*, puede



apreciarse como un incumplimiento contractual y, por ello, el actor tendría derecho a recibir reparación.

En el suplico de la demanda se solicitaba que se condenase a los demandados (el letrado y la entidad con la que este tenía suscrito su seguro de responsabilidad civil) al pago de la cantidad de 56.528,36 euros. Admitida a trámite, se inicia el procedimiento ordinario n.º 1209/2018 en reclamación de responsabilidad civil profesional, que concluiría con sentencia estimatoria parcial del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Santander, número 151/2019, de 11 de junio de 2019.

En sus fundamentos de derecho, la referida sentencia hace una síntesis de la jurisprudencia sostenida por el Tribunal Supremo en relación a este tipo de responsabilidad para respaldar que esta ha de estimarse: la responsabilidad civil contractual por negligencia del abogado, cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, debe calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada –como ocurre en el caso enjuiciado- tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico.

Por la propia naturaleza del contrato de arrendamiento de servicios que lo vincula con el cliente, sí es exigible que ponga a contribución todos los conocimientos, diligencia y prudencia [...] además de proporcionar al cliente una información suficiente que permita una particular toma de decisión sobre la oportunidad de iniciar acciones o formular recursos en el plazo legal de las acciones ya encomendadas

Por último y dando por cierta la oportunidad perdida por la mala praxis del letrado, concluye aludiendo a la naturaleza que se le puede atribuir a ese daño (si patrimonial, moral o ambos) y al *quantum indemnizatorio*:

“Mientras todo daño moral efectivo, siempre que deba imputarse jurídicamente a su causante, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada y, en consecuencia, nunca



hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad (juicio prospectivo de probabilidades de buen éxito).

La pérdida de oportunidad procesal como modalidad de daño indemnizable no equivale, al menos en principio, a la indemnización de lucro o ganancias que la víctima hubiera podido obtener, sino al resarcimiento debido por la privación de unas ciertas oportunidades de obtener determinadas ventajas.

[...] en el presente caso se ha contado como prueba con la declaración de dos testigos, trabajadores de la factoría, hijos del dueño, que afirman que el demandado les aseguró que el recurso estaba ganado, nada de ello se ha podido acreditar [...] no hay prueba alguna que permita afirmar que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, por ello entiendo que debe condenarse al demandado a indemnizar a la actora por esa pérdida de oportunidad en la cantidad interesada por daños morales de 15.000 euros”.

En definitiva, el juzgador constata y declara como cierta la negligencia profesional del letrado, motivo por el cual considera necesaria la reparación del daño. No obstante, determina que la falta de prueba de la actora en lo que respecta a las previsiones de viabilidad del recurso trae consigo la imposibilidad de indemnizar por la cuantía que era objeto del proceso. Por eso, tan solo cabe la indemnización por daños morales, que es lo que efectivamente queda demostrado de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

XII. CONCLUSIONES

La configuración tradicional de la responsabilidad civil en conjunción con el principio legal de la *restitutio in integrum* o reparación íntegra del daño causado exigen, para que aquella pueda estimarse, que un agente, a través de su conducta culposa o negligente, provoque un daño sobre un tercero que no tenía deber de soportarlo. Sobre estos presupuestos nace la obligación de indemnizar como único medio para resarcir al dañado ante la imposibilidad de devolverlo a la situación que tenía antes de ese perjuicio. Resultará imprescindible, por tanto, demostrar la existencia de daño efectivo, que la conducta culposa es la causa o una de ellas (nexo causal) de ese daño y también que éste le es imputable al



agente. A este respecto, la jurisprudencia ha venido exigiendo lo que se ha conocido como certeza probatoria en el nexo causal. Esto es, proporcionar evidencia suficiente de la relación de causalidad entre la conducta, el daño y el agente como condición indispensable para exigir responsabilidad.

Este planteamiento no supone demasiados problemas cuando lo que se provocan son daños actuales y fácilmente cuantificables o derivados de relaciones en las que las obligaciones estaban perfectamente delimitadas. Sin embargo, no es esto lo que se da en la esfera de actividad del abogado.

En términos generales, la responsabilidad civil del abogado surge como consecuencia de la formalización del contrato de arrendamiento de servicios pactado con el cliente. Por tratarse de una obligación de medios, el compromiso que alcanza el profesional con su mandante es el de la tutela de los intereses de este, con la única garantía de hacerlo de acuerdo al obrar diligente que le imponen las leyes, los códigos éticos y la *lex artis* de su profesión. Por ello, el incumplimiento contractual se supeditará al respeto de estos deberes, y no a la consecución de la pretensión del acreedor.

Así, será exigible la responsabilidad para el abogado que provoque un daño por acción u omisión negligente dentro del desarrollo de los deberes que le son impuestos por la relación contractual cuando esa conducta tenga el carácter de antijurídica o contraria a las normas profesionales.

Y es en este aspecto donde surgen dos problemas; el primero, el de establecer la frontera entre lo que es un obrar diligente o uno negligente como elemento generador de responsabilidad, y el segundo será el de apreciar, calificar y cuantificar el daño producido.

Para determinar esa línea entre diligencia y negligencia habitualmente se está a la entidad propia del perjuicio sufrido por el cliente y la posibilidad o no de evitar el daño. Esto es así porque el mero incumplimiento de deberes (que podría entenderse, *per se*, como negligencia), no provoca de forma automática la obligación de resarcir. En cualquier caso, si se demuestra que, habiendo obrado con la diligencia debida, el resultado hubiese sido el mismo, no será exigible la



responsabilidad. Además, en este caso no opera el principio de inversión de la carga de la prueba, por cuanto existirá para el cliente la obligación de demostrar la negligencia del abogado y el daño producido, al imperar la presunción de diligencia con la que cuenta el abogado.

Por lo que respecta a la apreciación y valoración del daño se produce un conflicto directo con esa exigencia tradicional de certeza probatoria. Si bien partimos de la base de que se ha dado por cierta la conducta negligente, sobre el daño no existe la misma certeza, en tanto que, en muchas ocasiones, aún no ha llegado a materializarse y es inviable asumir que la conducta del abogado es la causa eficiente del mismo. No obstante, y por la misma razón, tampoco es posible aseverar lo contrario.

Por eso, para evitar los posibles injustos resultados de negar el resarcimiento por no aportarse evidencia suficiente del nexo causal, surge la teoría de la pérdida de oportunidad procesal. Sobre este hecho cabe referir que es la jurisprudencia la que viene desarrollando la forma de proceder a la hora de valorar el daño, pero sin un criterio unánime.

Una parte mayoritaria, en la que se incluye el Tribunal Supremo, tiende a apreciar este perjuicio como actual por la privación misma del derecho a la tutela judicial efectiva y, en su virtud, calificarlo como un daño moral. Esto supone que queda a la completa discrecionalidad del juez establecer el quantum indemnizatorio, dado que no existen reglas que tasan este tipo de daños. Sin embargo, otro sector entiende el daño como futuro, por la imposibilidad de obtener el beneficio pretendido con la acción, y, por ello, considera que lo primordial es cuantificar el valor de esa pretensión frustrada analizando las posibilidades que tenía de prosperar.

La consecuencia directa de esta falta de acuerdo es que una construcción que surgía con objeto de solucionar el problema de la incertidumbre termina por sufrir la misma inseguridad a la hora de ser aplicada. Al no existir una pauta suficientemente clara con respecto a la tipología de daño, se plantean dos escenarios:



1. El daño moral se convierte en el “cajón de sastre” en el que subsumir cualquier asunto por permitir aplicar unos criterios abstractos y arbitrarios, evitando la complejidad que supone efectuar el examen de las posibilidades de éxito.
2. Se opera tomando como criterio el daño patrimonial pero, tras el juicio probabilístico de viabilidad, se llega a conclusiones erróneas confundiendo la indemnización por pérdida de oportunidad con el lucro cesante.

En definitiva, se puede apreciar cómo, en los últimos años, han aumentado notablemente las reclamaciones a abogados por mala praxis, a la vez que el tratamiento jurisprudencial de las mismas va ampliando sus límites.

Sin embargo, la ausencia de criterios claros al respecto de la cuestión, podría provocar una “desnaturalización” de la profesión. Esto es debido a dos aspectos:

- Primero, porque cada vez se le exige al abogado que observe más escenarios por miedo a que cualquier fallo pueda ser susceptible de provocar responsabilidad profesional. Este hecho es muy poco deseable por poder poner en tela de juicio, de cara a la sociedad, valores propios del letrado, tales como su honor, integridad o aptitud profesional (todo ello con independencia de que se estime o no la causa). Además, puede limitar la libertad que es característica del oficio.

- Segundo, porque la posibilidad de que se aplique el criterio del daño moral cuando no resulta factible o sencillo estimar la viabilidad de la pretensión, puede llevar al cliente a considerar más tentador tratar de repetir en contra del abogado por supuesta negligencia que asumir que aquella pudiera no ser viable en sí misma.

Pensemos que las primeras sentencias en las que se estimó este tipo de responsabilidad surgían únicamente por el transcurso de plazos procesales o sustantivos y ahora ya abarcan toda la esfera de deberes del abogado. Por tanto, a la vista del riesgo de caer en una exacerbación de la responsabilidad y del vicio que pudiera derivarse de la estimación indiscriminada de daños morales para



resolver, cuanto menos habría de plantearse establecer unos criterios o requisitos mínimos que facilitasen al juez la tarea de valorar las probabilidades de éxito (estableciendo unos porcentajes tasados en función del grado de cumplimiento de esos requisitos, por ejemplo), a fin de acercarnos lo más posible a la solución más justa.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

Obras

ARCOS VIERA, M. L., “La pérdida de oportunidad como daño indemnizable”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Universidade de Coimbra, nº. 7, 2005.

ACOB ALDI, A., Notas actuales sobre derecho de daños, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Costa Rica, nº 101, 2003.



CRESPO MORA, M. C., *La responsabilidad civil del abogado en el derecho español: perspectiva jurisprudencial*, Revista de Derecho, Universidad del Norte, nº 24, Barranquilla, 2006.

CRESPO MORA, M. C., “*Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR*”, *InDret*, Barcelona, 2013.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999-

FERRER MORENO, S., *La responsabilidad civil del abogado y del procurador*, Universidad de Gerona, 2016.

GOMEZ PÓMAR, F., “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”, *InDret*, nº 3, Barcelona, 2003

MARCIÁ GÓMEZ, R. I., “La dualidad del daño patrimonial y el daño moral”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 36, 2010.

MARTÍ MARTÍ, J., La certidumbre razonable de la probabilidad del resultado en la responsabilidad civil del abogado. *Diario La Ley*, 2009.

MARTÍ MARTÍ, J., “Responsabilidad del procurador y no del abogado por error en el proceso”, *Revista de seguro y responsabilidad civil*, pág. 134;

MARTIN-CASALS, M., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil: La ‘modernización’ del Derecho de la responsabilidad extracontractual*, Universidad de Murcia, 2011.

MARTIN CASALS, L., *La ‘modernización’ del Derecho de la responsabilidad extracontractual*, Ponencias – Asociación de Profesores de Derecho Civil, Universidad de Valladolid.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *La responsabilidad civil profesional*, Colex, Madrid, 1996.

MEDINA ALCOZ. L. “Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Revista de*



la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Nº 30, 2009.

MONTERROSO CASADO, E., “La Responsabilidad Civil del Abogado: criterios, supuestos y efectos”, *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Vol. 3, Ed. Saberes, 2005.

MOREO ARIZA, J., “La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del abogado”, *InDret*, núm. 414, Barcelona, 2007.

NIELSON SÁNCHEZ S., *Economist & Jurist*, vol 16, n.º 116, 2008.

RAGONESI ESPARZA, C., *La relación de causalidad y el daño indemnizable en los supuestos de pérdida de oportunidad* (Graduado), Universidad Pública de Navarra, 2015.

REGLERO CAMPOS, L. F., “Conceptos generales y elementos de delimitación” en REGLERO CAMPOS, L. F (Coord.), *Tratado de responsabilidad Civil*, T. I., Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.

SERRA RODRIGUEZ, A., La responsabilidad civil del abogado: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, el incumplimiento, la configuración del daño y su cuantificación en el Derecho español, *Revista Justicia & Derecho*, Santiago, V. 2, Nº 2, 2019.

SERRA RODRÍGUEZ, A., y MONTES PENADÉS, V., *La responsabilidad civil del abogado*, Elcano: Aranzadi.

VÉLEZ POSADA, P., *La responsabilidad civil contractual y extracontractual: el seguro como criterio de imputación*, (Master), Universidad Complutense de Madrid, 2012.

VILA RAMOS, B. (Coord.), *Deontología profesional*, Dykinson, Madrid, 2013.

VIDAL RAMIREZ, F., “La responsabilidad civil”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, nº 4, 2001.

YONG, S., y RODRIGUEZ, C., “Pérdida de Oportunidad”, *Via Inveniendi et Iudicandi*, V. 6, Nº 2, 2011.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2009.



YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

Páginas web

FIERRO RODRÍGUEZ, D., “Algunas reflexiones sobre la doctrina de la pérdida de la oportunidad”, *El jurista*, Barcelona, 2016, ([https://www.eljurista.eu/2016/06/03/algunas-reflexiones-sobre-la-doctrina-de-la-perdida-de-la-](https://www.eljurista.eu/2016/06/03/algunas-reflexiones-sobre-la-doctrina-de-la-perdida-de-la-oportunidad/#:~:text=La%20doctrina%20de%20la%20p%C3%A9rdida%20de%20la%20oportunidad%20es%20una,cuya%20cuant%C3%ADa%20ser%C3%A1%20inferior%2C%20en)

[oportunidad/#:~:text=La%20doctrina%20de%20la%20p%C3%A9rdida%20de%20la%20oportunidad%20es%20una,cuya%20cuant%C3%ADa%20ser%C3%A1%20inferior%2C%20en](https://www.eljurista.eu/2016/06/03/algunas-reflexiones-sobre-la-doctrina-de-la-perdida-de-la-oportunidad/#:~:text=La%20doctrina%20de%20la%20p%C3%A9rdida%20de%20la%20oportunidad%20es%20una,cuya%20cuant%C3%ADa%20ser%C3%A1%20inferior%2C%20en)

HERNÁNDEZ GALINDO, J. G., “La ley del Talión”, *La voz del Derecho*, 2014, (<https://www.lavozdelderecho.com/index.php/docu/item/318-ley-del-talion>)

HILDA, “*Lex Aquilia*. La guía de Derecho”, 2009 (<https://derecho.laguia2000.com/derecho-romano/lex-aquilial>)

La dignidad del abogado”, *Juspedia*, (<https://juspedia.es/deontologia-profesional/principios-inspiradores-de-la-deontologia-del-abogado/la-dignidad-del-abogado>)

“Modalidades de la responsabilidad civil: contractual y extracontractual”, *Iberley*, 2016, (<https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-contractual-extracontractual-60139#:~:text=Si%20la%20responsabilidad%20contractual%20viene,jur%C3%ADdica%20preexistente%20entre%20las%20partes.>)

RODRÍGUEZ, Y. y BERBELL, C., *Ulpiano, el de dar a cada uno lo suyo*, Conflegal, ([https://conflegal.com/20180812-ulpiano-dar-uno-lo-le-](https://conflegal.com/20180812-ulpiano-dar-uno-lo-le-corresponde/#:~:text=Para%20Ulpiano%2C%20el%20derecho%20consist%C3%ADa,a%20cada%20uno%20lo%20suyo.&text=Ulpiano%2C%20al%20igual%20que%20otros,asesor%20del%20emperador%20Alejandro%20Severo)

[corresponde/#:~:text=Para%20Ulpiano%2C%20el%20derecho%20consist%C3%ADa,a%20cada%20uno%20lo%20suyo.&text=Ulpiano%2C%20al%20igual%20que%20otros,asesor%20del%20emperador%20Alejandro%20Severo](https://conflegal.com/20180812-ulpiano-dar-uno-lo-le-corresponde/#:~:text=Para%20Ulpiano%2C%20el%20derecho%20consist%C3%ADa,a%20cada%20uno%20lo%20suyo.&text=Ulpiano%2C%20al%20igual%20que%20otros,asesor%20del%20emperador%20Alejandro%20Severo)

Normas

- *Código Deontológico de la Abogacía española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 7, de 08/01/2000)

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 2016, del Poder Judicial (BOE núm. 157 de 2/07/1985).



- *Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española* (BOE» núm. 164, de 10/07/2001)

- *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil* (BOE núm. 206, de 25/07/1889)